



INSTITUTO
UNIVERSITÁRIO
DE LISBOA

Abuso da Posição Dominante nas Plataformas Tecnológicas

Carolina Alexandra Conceição Pinheiro

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientador: Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar
ISCTE-IUL Instituto Universitário de Lisboa

Novembro, 2021



CIÊNCIAS SOCIAIS
E HUMANAS

Departamento Ciências Sociais e Humanas

Abuso da Posição Dominante nas Plataformas Tecnológicas

Carolina Alexandra Conceição Pinheiro

Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho

Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar
ISCTE-IUL Instituto Universitário de Lisboa

Novembro, 2021

Agradecimentos

Após este longo caminho, de trabalho e dedicação, dou por concluída a presente dissertação, mas para que isto fosse possível, contei com o apoio e força de várias pessoas.

Agradeço especialmente ao meu orientador, professor Doutor Ruben Bahamonde Delgado, pela orientação exemplar marcada pelo rigor, celeridade, pela visão crítica, que contribuíram para enriquecer o presente trabalho.

A toda a minha família e amigos pelo apoio, assim como a compreensão pelas minhas ausências durante toda esta jornada académica.

Resumo

Numa época em que a economia digital ganha cada vez maior importância, torna-se evidente a necessidade de análise e estudo das plataformas tecnológicas que a caracterizam e do quadro legal que a envolve. Como tal focamos a nossa investigação nos desafios que as plataformas digitais levantam no âmbito do Direito da Concorrência.

Através da análise das recentes Decisões da Comissão, percebemos o impacto das características das plataformas digitais na definição de mercado relevante e posição dominante, determinação do tipo de abuso e medidas corretivas plausíveis.

A presente dissertação pretende, assim, abordar o instituto do abuso de posição dominante, sob análise das plataformas tecnológicas. Face ao poder que determinadas empresas detêm nas plataformas digitais e a sua capacidade de influenciar e orientar o mesmo, tornou-se necessária a implementação de regras e princípios de atuação, prevenindo situações abusivas e protegendo a liberdade concorrencial.

Tratando-se de um tema bastante atual e com enorme relevância nos últimos anos, percebemos que se tem observado uma evolução bastante interessante do instituto, nomeadamente nos considerandos do que se considera plataformas tecnológicas, enquadrável como uma das formas de abuso de posição dominante.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência; Abuso de posição dominante; Plataformas Digitais

Abstract

At a time when the digital economy is becoming increasingly important, the need to analyze and study the technological platforms that characterize it and the legal framework that surrounds it becomes evident. As such, we focus our investigation on the challenges that digital platforms raise in the scope of Competition Law.

Through the analysis of the recent Commission Decisions, we understand the impact of the characteristics of digital platforms in the definition of relevant market and dominant position, determination of the type of abuse and plausible corrective measures.

The present dissertation intends, therefore, to approach the institute of abuse of dominant position, under analysis of technological platforms. In view of the power that certain companies have on digital platforms and their ability to influence and guide it, it became necessary to implement rules and principles of action, preventing abusive situations and protecting competitive freedom.

As it is a very current topic and of enormous relevance in recent years, we realize that there has been a very interesting evolution of the institute, namely in terms of what are considered technological platforms, which can be considered as one of the forms of abuse of a dominant position.

Keywords: Competition Law; Abuse of a dominant position; Digital platforms.

Índice

Agradecimentos	iii
Resumo	v
Abstract	vii
Índice	ix
Índice de Siglas e Abreviaturas	xi
Introdução.....	1
Capítulo I- Abuso Posição Dominante	2
1.1 O Conceito de Empresa	2
1.2- Modelos de Mercado.....	4
1.3- Posição de Domínio	5
1.3.1- Quotas de Mercado	8
1.4- Artigo 102º TFUE	10
1.5- Caracterização Abuso	12
1.6-Posição de Domínio Individual ou Coletiva	13
1.7- Formas de Abuso	15
Capítulo II- Plataformas Tecnológicas.....	16
2.1- Definição Plataformas Tecnológicas	17
2.2- Finalidade e Características.....	19
2.3- Modalidades	21
2.4- Efeitos e Impactos	22
Capítulo III- Abuso Posição Dominante nas Plataformas Tecnológicas.....	24
3.1- Enquadramento	24
3.2-Case Study	25
3.2.1- GOOGLE.....	25
3.2.2- MICROSOFT	29
3.2.3 AMAZON.....	33
3.2.4 UBER.....	35

3.3 As dificuldades na aplicação do artigo 102º TFUE nas plataformas tecnológicas	38
3.3.1 Definição de Mercado Relevante e Posição Dominante	38
3.3.2 Determinação do tipo de abuso	41
3.3.3 Medidas Corretivas	43
Capítulo IV – Conclusões	45
Capítulo V- Problemas casuísticas do abuso posição dominante nas plataformas tecnológicas	47
Conclusão	51
Referências Bibliográficas	54

Índice de Siglas e Abreviaturas

Ac- Acórdão

Art.- Artigo

Arts- Artigos

AdC- Autoridade da Concorrência Portuguesa

CE- Comissão Europeia

Ed- Edição

EEE- Espaço Económico Europeu

LC- Lei da Concorrência

p- página

pp- páginas

par- Parágrafo

proc- Processo

TFUE- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ- Tribunal de Justiça da União Europeia

EEE- Espaço Económico Europeu

EU- União Europeia

EUA- Estados Unidos da América

SO- Sistema Operativo

Introdução

Ao longo das últimas décadas, fruto da inovação e do desenvolvimento tecnológico, as plataformas tecnológicas têm vindo a ganhar um papel central na nossa sociedade.

Assistimos a uma verdadeira transição, enquanto o mercado tradicional, físico, começa a dar espaço ao mercado digital, tornando uma crescente preocupação sobre as empresas que atuam, exclusivamente nas plataformas digitais.

A revolução tecnológica, proporcionou o crescimento e o surgimento das plataformas tecnológicas, e desta foram originou grandes empresas, que dominam os mercados em que atuam, distorcendo, por vezes, completamente os entendimentos do Direito da Concorrência. O crescimento desta revolução, tem levado ao aumento de investigações, nomeadamente no âmbito do Direito da Concorrência, tanto a nível europeu como a nível internacional.

A presente dissertação, procura abordar a forma como as empresas se posicionam no mercado, com o intuito de conter e obstar à pressão competitiva dos seus concorrentes, tendo por base os recentes casos e decisões. Procuraremos abordar a temáticas das plataformas tecnológicas, enquadrada com os comportamentos suscetíveis de constituir uma situação ilícita, de abuso de posição dominante.

Propomo-nos a perceber a necessidade, ou não, de uma inovação a nível do Direito da Concorrência, nomeadamente do artigo 102º TFUE. Será que o Direito tal como está basta para dar resposta aos desafios levantados por estas plataformas? Para tal, tentaremos identificar as principais dificuldades que estas plataformas tecnológicas levantam aludindo às principais características dos mesmos.

Analisaremos primeiramente conceitos básicos e toda a doutrina envolvente, sobre a temática do abuso da posição dominante. De seguida, relacionaremos, o direito da concorrência, como base e aplicação nas plataformas tecnológicas.

Por fim, apresentaremos, as recentes decisões, a nível jurisprudencial, bem como nos entendimentos que a Comissão Europeia e os tribunais europeus vêm preconizando neste instituto. Procuremos desta forma, perceber e investigar casos suspeitos de violação das regras da concorrência, para que conseguíamos, retirar, conclusões e toda a problemática casuística do abuso da posição dominante nas plataformas tecnológicas.

Capítulo I- Abuso Posição Dominante

Ao abordar o abuso de posição dominante, procuremos concretizar alguns conceitos, extremamente necessários à interpretação do instituto em causa e a sua consequente aplicação nas plataformas tecnológicas.

1.1 O Conceito de Empresa

O conceito de empresa, desde logo, merece a nossa atenção, até porque o próprio TFUE, não o define.

O tribunal de Justiça da União Europeia, tem sido recorrentemente chamado a pronunciar-se sobre o que considera enquadrável como empresa. No Acórdão *Höfner/Macroton* ¹, entendeu que o serviço público de emprego alemão que exercia atividades de colocação em empregos era considerado como uma empresa, reiterando que no contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa abrangeria qualquer entidade que exerça uma atividade económica, desconsiderando o seu estatuto jurídico ou modo de funcionamento.²

Como evidência o atual entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça em diversos acórdãos, a recente Diretiva (UE) 2019/1, apresenta o conceito de empresa, na aceção dos arts. 101º e 102º do TFUE, como entidade que exerce uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.³

A Lei da Concorrência portuguesa define igualmente o conceito de empresa, construído tendo por base a doutrina e jurisprudência europeia. No seu art.º 3º, aponta como suscetível de se considerar empresa uma qualquer entidade que exerça uma atividade económica, consistindo na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Neste sentido, uma empresa como uma qualquer entidade jurídica, sendo, porém, um

¹ Acórdão do TJ, de 23/04/1991, Proc. C-41/90 *Höfner/Macroton*, 1991, par.21.

² Por sua vez, a propósito da concretização do conceito de atividade económica, entendeu o Tribunal de Justiça que a atividade dos organismos encarregues da gestão de regimes de segurança social (exercendo, exclusivamente, uma atuação de cariz social) não consistia numa atividade económica e que por isso, esses organismos não constituem empresas, tratando-se apenas de uma atividade desprovida de qualquer fim lucrativo, tendo por base a prossecução do princípio da solidariedade social, em Acórdão de 17/02/1993, Proc. C-159/91 e C 160/91, *Poucet/Pistre*, par.19.

³ Art.º 2º Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018.

sujeito concretizável.⁴ Salienta-se, pois o acerto do legislador português ao positivar o tão importante conceito de empresa.

Essa entidade, conforme o art.º 2º LC, deve ter por objeto o exercício de uma atividade económica com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado e cooperativo. De maneira a ser configurado como uma atividade económica, a oferta deve ter uma contrapartida, uma vez que o intuito da mesma é a geração de proveitos, ainda que a finalidade da empresa não preveja, a prossecução de fins lucrativos. Assim se se compreende que a definição legal na Lei da Concorrência preveja uma oferta de bens ou serviços num determinado mercado, pressupondo uma contrapartida.⁵

Interessa e assume carácter preponderante para efeitos concorrenciais, a capacidade de oferecer bens ou serviços, de forma reiterada, em determinado mercado, pelo que se utiliza um enfoque funcional do conceito de empresa.

Não só de empresas puramente singulares e independentes é feita a aplicação do regime.

Diversas pessoas jurídicas que constituem uma unidade económica ou que mantenham, entre si laços de interdependência serão consideradas como empresa, para efeitos da aplicação do regime legal em análise. Não se considera a existência de conduta colusória entre empresas do mesmo grupo, uma vez que existe uma responsabilidade da empresa matriz em relação aos atos das suas filiais.⁶

Assume papel preponderante a conjuntura empresarial e o próprio grupo empresarial e, não tanto cada uma das entidades integrantes do mesmo. Considera-se como constituindo uma única empresa o conjunto de empresas que embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência. Esses laços e essa conexão podem advir de uma participação maioritária no capital, na detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais, da possibilidade de designar mais de metade dos membros dos

⁴ Pode exteriorizar-se sobre diversas formas jurídicas, quer seja pessoa singular, coletiva, sociedade comercial, sociedade civil, associação, fundação, entidades públicas e outras organizações de interesse não personificados. Vide Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, 2009, p.282.

⁵ Conforme explica Miguel Mendes Pereira, o elemento fundamental para a atribuição de carácter económico a determinada atividade é a existência de uma contrapartida ou remuneração, não se tratando de uma prestação gratuita em *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, p.40

⁶ É o caso dos profissionais liberais, de associações de trabalhadores, associações de entidades que ofereçam determinados serviços, universidades, escolas privadas, comunidades religiosas, entre outros.

órgãos de administração ou fiscalização e ainda do poder exercido na gestão dos respetivos negócios.⁷

Na composição de uma unidade económica, é fundamental uma relação de subordinação e dependência, aferida não só pela relação societária entre diversas entidades, como pela mera capacidade de influenciar e gerir a atividade e o rumo de negócio.

1.2- Modelos de Mercado

Um dos principais objetivos da União Europeia desde a sua criação sempre foi o de proteger um mercado comum aberto, onde as empresas, independentes e rivalizando entre si, vão desenvolvendo esforços e estratégias na tentativa de atrair maior número de consumidores possível.

O objetivo passa por assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efetiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial, criando um impacto negativo para os consumidores.

No sistema concorrencial são passíveis de figurar diversos modelos de mercado. Podem ser distinguidos entre modelo de mercado de concorrência perfeita e o modelo de mercado de concorrência imperfeita, onde se incluem o modelo monopolista e oligopolista.

Numa perspetiva de idealização de um mercado eficiente e de concorrência perfeita, este seria caracterizado por um elevado número de vendedores e compradores, sem existência de poder de mercado, com alternativas de escolha e em que cada interveniente conseguiria deter o seu espaço no mercado⁸; inexistência de barreiras de entrada a novos intervenientes; produtos homogéneos, sendo possível a sua comparação; e ainda um mercado transparente⁹.

Por sua vez, nos modelos monopolistas verifica-se a existência de um único operador do lado da oferta e múltiplos operadores do lado da procura, não havendo alternativas de escolha. Essa posição de domínio, por sua vez, traduz-se num decréscimo significativo

⁷ Artº 3º, nº2 Lei da Concorrência, que define o que considera como única empresa.

⁸ Havendo atonicidade, seja do lado da oferta, seja do lado da procura, fica vedado a qualquer interveniente fixar preços, quer pela entrada ou saída no mercado.

⁹ Barreiras que podem ser burocráticas, corporativas, linguísticas, políticas, culturais, económicas, que se traduzem numa diminuição da concorrência e numa afetação da eficiência dos mercados.

de bem-estar para os consumidores, quer pela falta de alternativas, quer pelo elevado preço exigido, quer pela estagnação no desenvolvimento tecnológico.¹⁰

Por último, o modelo oligopolista consiste na existência de poucos operadores do lado da oferta e de muitos do lado da procura. Porém, essa existência de diversos operadores do lado da oferta permite que os agentes económicos se conheçam, podendo condicionar-se reciprocamente, mas evitando a competição entre eles. Este é um modelo muito suscetível de gerar situações de acordos entre empresas, de maneira a incrementar os seus ganhos, diminuindo o bem-estar do consumidor, pela oferta de preços mais elevados.

Num modelo em que se verifique uma concorrência efetiva, a opção para o consumidor surge pela complementaridade entre preço e qualidade de determinados bens ou produtos. Ora, só havendo uma total liberdade dos intervenientes do mercado é que se vão gerar incrementos de satisfação para os consumidores, através de uma maior oferta, redução de preços e uma melhor qualidade.

Quem detenha em determinado mercado uma posição dominante possui, desde logo, uma especial responsabilidade e um acrescido dever de zelo pelos seus comportamentos, de maneira a não afetar negativamente e a não violar uma concorrência efetiva, de acordo com o artº. 102º TFUE.¹¹

1.3- Posição de Domínio

Chegamos a este ponto, importa clarificar o que se entende por posição dominante. De facto, nem o artº. 102º TFUE ou o artº. 11º LC definem de forma clara o que se entende por posição dominante. Em ambos os preceitos, os exemplos apresentados de forma não taxativa, em nada definem o conceito, indicando apenas comportamentos que podem desencadear um possível abuso.

Como já havia sido referido, muitos conceitos concorrenciais decorrem de construções jurisprudenciais, sendo que a posição dominante não é exceção.

Tribunal de Justiça por várias ocasiões já foi chamado a pronunciar-se sobre a definição do conceito de posição dominante. No processo *United Brands*¹², proferiu que o domínio se deve a uma posição de poder económico, detida por uma empresa, que lhe

¹⁰ Pelo contrário, olhando de uma perspetiva positiva, as empresas nestas posições de domínio, tem uma capacidade maior de gerar riqueza, advindo desse monopólio, que possibilitará um investimento extra no progresso tecnológico e na melhoria das condições a oferecer.

¹¹ Vide Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Coimbra, Almedina, 2012, p.87

¹² Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978, par.65.

permitiria afastar uma concorrência efetiva em determinado mercado, possibilitando que se comportasse de maneira independente e despreocupada em relação aos seus concorrentes, aos clientes e aos consumidores finais.

Quanto à posição de poder de mercado, esta é expressa pela forma como determinada empresa, através dos seus comportamentos, consegue afetar e influenciar a estrutura de mercado envolvente. Esta atuação, de maneira independente pode colocar em causa, quer os concorrentes, quer compradores ou fornecedores, desvirtuando todo o funcionamento do mercado.¹³

Esta posição será aferida pelo grau de domínio de mercado, não sendo necessária a existência de uma posição de monopólio, ou quase monopólio. Ou seja, pode haver certos casos de concorrência mesmo quando uma empresa detém uma posição de domínio.

Para proceder à determinação do poder de mercado, torna-se indispensável caracterizar o conceito de mercado, em relação a cada caso concreto. Dessa forma, permitirá identificar os reais concorrentes da empresa em juízo, que foram alvo de certa limitação ou afetação à sua atividade, ou alvo de determinada pressão.

De maneira a enquadrar corretamente cada caso concreto à realidade concorrencial, bem como aferir da efetiva posição de domínio, torna-se essencial distinguir o mercado, fixando limites materiais e geográficos.¹⁴

O objetivo de definir o mercado relevante consiste na identificação dos efetivos concorrentes da empresa em juízo, capazes de restringir o seu comportamento e de impedir uma atuação independente de uma pressão concorrencial efetiva.¹⁵

Como condicionalismo concorrencial a que empresas estão sujeitos e que contribui para a definição do mercado relevante, aponta-se a elasticidade do lado da oferta e da procura. Ou seja, de um lado a suscetibilidade de os consumidores recorrerem a produtos semelhantes e substituíveis, e por outro lado, a capacidade hipotética de produtores conseguirem transferir e/ou aumentar a sua produção em produtos substitutos, incorrendo em poucos riscos e custos adicionais.

¹³ Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978, par.65.

¹⁴ Dependendo da relevância de mercado e da sua amplitude tornar-se-á mais fácil a aferição de uma posição de domínio. Quando mais restrito o mercado, maior probabilidade encontrar empresas em posição dominante. *Vide Santos, António Carlos dos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, Direito Económico, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 343.*

¹⁵ Em *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, 1997, par.2.

A comissão fixou elementos que permitem ajudar na definição do mercado em causa. Elementos esses não cumulativos, de todo. Devem ser enquadrados e aplicados a cada caso concreto, consoante as vicissitudes do mesmo.¹⁶

Em termos de mercado de produto e de maneira a ser compreendido de forma relevante, engloba todos os produtos e/ou serviços passíveis de serem considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e finalidade de utilização.

Já o mercado geográfico abrange a área em que as empresas em causa fornecem os produtos ou serviços, em condições suficientemente homogêneas, em termos concorrenciais. Essa homogeneidade pode ser fulcral na delimitação de fronteiras fictícias de mercado, pois, de facto, as condições comerciais devem ser semelhantes.¹⁷

No acórdão *United Brands*, a Comissão foi bastante esclarecedora na definição do mercado em causa. Assim, à semelhança do supramencionado, de modo a ferir da possível posição dominante no caso concreto, analisou o mercado em termos de produto e posteriormente, a nível geográfico.¹⁸

Estava em causa o mercado das bananas, sendo essencial, numa primeira fase, aferir do concreto mercado. Ou seja, urgia definir se o mercado em causa fazia parte do mercado dos frutos frescos, como produto sucedâneo, como indicava a recorrente, ou, se pelo contrário, integravam uma estrutura de mercado autónomo.

A comissão entendeu que o mercado das bananas deveria ser considerado como distinto, autónomo do dos frutos frescos. Como argumentos indicou que as bananas podem ser alvo do mesmo processo amadurecimento durante todo o ano, o que facilita o seu consumo anual constante e não dependendo de época específica. Além disso, mesmo

¹⁶ Quanto ao mercado do produto, são usados elementos como: análise das características dos produtos e as suas utilizações; elementos comprovativos da substituição de produtos num passado recente; opiniões dos clientes e concorrentes; preferências dos consumidores; entraves e custos associados à transferência da procura para potenciais produtos de substituição; diferentes categorias de clientes; discriminação em matéria de preços. No mercado geográfico: elementos comprovativos de que já se verificou anteriormente uma deslocação das encomendas para outras áreas; características básicas da procura; opiniões dos consumidores e dos concorrentes; atual estrutura geográfica das compras; fluxo das trocas comerciais/caraterísticas das entregas; obstáculos e custos associados à deslocação das encomendas para empresas situadas noutras áreas. Em *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, 1997, par.33 e ss.

¹⁷ As possibilidades de efetiva concorrência devem ser analisadas em função de zonas geográficas bem delimitadas e produtos específicos definidos. Só assim poderá analisar-se o efeito e o poder de determinada empresa em questão, aferindo-se ou não por uma posição de domínio e da sua influência comportamental. Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col.1978.

¹⁸ Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col.1978

em picos de consumo sazonais de outros frutos, nunca se verifica um índice de substituição relevante, capaz de considerar a banana como sucedânea.¹⁹

Definido o mercado materialmente, era necessário fixar as fronteiras do mesmo. Questão fundamental na definição geográfica era o regime de importação constante de cada Estado. Isto é, na tentativa de definir o mercado em questão era necessário analisar cada mercado interno e as diferentes políticas comerciais de cada Estado-Membro, à data de 1978.

Comissão esclareceu que o mercado geográfico era constituído pelos territórios da República Federal da Alemanha, Dinamarca, Irlanda, Países Baixos e UEBL, uma vez que nestes as bananas eram vendidas em condições igualitárias, com mercados livres, embora que as disposições aduaneiras aplicáveis e custos de transporte fossem necessariamente diferentes, ainda que não discriminatórios ou irregulares. As condições concorrenciais eram então, idênticas para todos os intervenientes, pelo que se podia caracterizar o mercado na globalidade, devido à sua homogeneidade.

Não obstante o acima referido. Comissão exclui os outros Estados- membros da Comunidade (França, Itália e Reino Unido), por circunstancialismos especiais quanto a regimes de importação, condições de comercialização e devido ao fato de nesses mercados serem vendidas bananas de diversas categorias e origens, o que levava a que a venda de bananas fosse feita em circunstâncias distintas para os diversos agentes económicos.

1.3.1- Quotas de Mercado

Na verificação da posição de domínio, a prática jurisprudencial europeia e nacional tem sido a de conjugar essa mesma posição, com o critério da estrutura de mercado. Claro que, quanto maior for a posição de poder de mercado, maior a suscetibilidade de determinado comportamento afetar a estrutura concorrencial do mercado.

A posição de poder de mercado consiste na capacidade de manter, durante um período tempo significativo, um benefício daí decorrente, que, em contexto de efetiva concorrência não se concretizaria. Esses benefícios podem consistir em preços mais

¹⁹ Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col.1978, par.34.

elevados, produção de maior quantidade, mas de menor qualidade e variedade, acarretando prejuízos significativos para o bem-estar dos consumidores.²⁰

A quota de mercado usualmente é apresentada em percentagem, surgindo como um indicador fundamental na representação de uma posição de domínio de determinada empresa. Representa a parte de mercado detida por uma empresa.

Para uma correta definição da posição de domínio torna-se essencial considerar a posição dos outros competidores no mesmo mercado e a variação dessas quotas ao longo do tempo, uma vez que essas alterações podem fornecer informações importantes quanto ao processo competitivo e quanto a previsões futuras.

A comissão, em cada análise, procurará interpretar as quotas de mercado de acordo com as especificações dos mesmos, nomeadamente a sua dinâmica e o grau de diferenciação dos produtos.

Tratando-se apenas de um indicador, não existem limites estanques e definidos de quotas mínimas e máximas admitidas ou recomendáveis para se configurar como tratando-se de uma posição dominante. Deste modo, quanto à percentagem exigida para qualificar uma posição como domínio, é entendimento da Comissão que quotas abaixo dos 40% são pouco prováveis de consistir em algo relevante e capaz de suscitar domínio. No entanto, esta quantificação, recomenda-se que seja feita casuisticamente, uma vez que poderá haver certos casos em que determinado mercado, não comporta empresa suficientemente capazes de pressionar condutas da empresa dominante, devido a limitações na sua capacidade.²¹

Como mencionado, as quotas de mercado são meras representações, não sendo fixadas percentagens e limites absolutos. Como exemplo de excecionalidades e de derrogações do limite acima apresentados, no acórdão *British Airways*, o Tribunal de Justiça proferiu que uma quota de mercado de cerca de 40%, portanto situada num valor que à partida não seria passível de traduzir uma posição dominante, mesmo assim

²⁰ Essa definição de período significativo deve ser analisada casuisticamente, dependente do produto e das circunstâncias de determinado mercado. Porém, aponta a Comissão um período normal de dois anos como considerado suficiente para se enquadrar no conceito. Comunicação da Comissão- *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009, par.11.

²¹ Comunicação da Comissão- *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009, par.14.

constituía uma situação de abuso, num processo respeitante a prestação de serviços de agência de viagens.²²

Não sendo as percentagens representativas de um prenúncio absoluto, torna-se essencial que os Tribunais apresentem fundamentos adicionais que sustentem e fortaleçam a sua decisão. Daí que no Processo *AZKO*, o Tribunal de Justiça, mesmo com a quantificação de uma posição de domínio nos 50%, procurou apresentar indícios extra, de maneira a sustentar a sua decisão de existência de posição dominante.²³

Por outro lado, há situações de quotas de mercado de tal modo elevados, que não suscitam quaisquer dúvidas à Comissão quanto à detenção de uma posição de domínio. Foram os casos do Processo *Hilti* (T-30/89)²⁴, em que se demonstrou que a *Hilti*, detinha naquele mercado concreto, uma quota fixada entre os 70% e 80%, a qual constituía uma clara indicação da existência de uma posição de domínio no mercado em causa.

Desta forma, a quota de mercado surge como mero indicador de posição de domínio. Além desse, existem outros elementos suscetíveis de indiciar uma posição de domínio que podem ser usados e interpretados casuisticamente, tais como: regime de autorização ou licenciamento; acesso exclusivo a infraestrutura essencial; direitos de propriedade industrial; vantagens científicas e tecnológicas.

1.4- Artigo 102º TFUE

O artigo 102º TFUE determina que: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados- Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.”²⁵

Assim, e para podermos aplicar este artigo, têm de estar preenchidos quatro requisitos:

- A. Empresa;
- B. Posição dominante no mercado relevante;
- C. Abuso;
- D. Afetação do comércio entre os Estados Membros.

²² Ac. Do TJ, de 17/12/2003, Proc. T-219/99, *British Airways*/ Comissão, par.270 e ss.

²³ Ac. Do TJ, de 3/06/1991, Proc. C-62/86, *AKZO*, par.61.

²⁴ Ac. Do TJ, de 12/12/1991, Proc. T-30/89, *Hilti AG* contra Comissão.

²⁵ Artº 102.º TFUE

Como refere Moura e Silva²⁶, o TFUE evita o conceito de monopólio ou da ação ou tentativa de monopolizar, referindo-se apenas às empresas em posição dominante e proibindo a exploração abusiva dessa posição.

Também a Lei da Concorrência dispõe no seu art.º 11º que a exploração abusiva de uma posição dominante, por uma ou mais empresas, é proibida, no mercado nacional ou em parte substancial do mesmo.

Optou o legislador por exemplificar comportamentos passíveis de serem considerados como abusivos, quer seja: imposição de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas, de forma direta ou indireta; limitar a produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; aplicação de condições desiguais quando estão em causa prestações equivalentes, gerando uma desconformidade concorrencial; subordinação de contratos a aceitação de prestações suplementares por parte de outros contraentes, mesmo não havendo qualquer ligação entre esses contratos; recusa de acesso a rede ou infraestrutura essencial, contra remuneração considerada como adequada, e quando comprovado por razões de fato ou legais que em esse acesso, não consiga operar como concorrente da empresa em posição domínio.²⁷

Do disposto legal quanto ao abuso de posição dominante é possível verificar duas conceções distintas de abuso: os denominados abusos por exploração e os abusos por exclusão. No primeiro caso, resultante de comportamentos de exploração e imposição a terceiros de certos comportamentos, devido ao seu poder de mercado, surgem efeitos negativos para os consumidores, quer seja por aumentos de preços, redução de alternativas ou vários tipos de discriminação. No segundo caso, através de limitações de fornecimento e partilha, prática de preços predatórios ou esmagamento de margem, esses comportamentos tendem a excluir competidores, por meios que não os de mérito.

Sendo assim, a distinção, meramente académica, assenta na suscetibilidade de prejuízo imediato aos consumidores ou no prejuízo por impedimento da estrutura de concorrência efetiva.²⁸

Uma parte reduzida da doutrina entende que o art.º 102º TFUE, parece ainda incluir, um terceiro tipo de categoria de abuso: a proibição de discriminação, através de condições

²⁶ Silva, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp.875-883.

²⁷ Art.º 11º, n.º2 Lei da Concorrência

²⁸ Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009.

desiguais, no caso de prestações equivalentes. Entendem que se autonomiza a discriminação, por não se enquadrar nem numa prática de exploração ou de exclusão. Esta posição é contraditória com a maioria da doutrina que entende que a discriminação integra, como comportamento, o abuso por exploração.

1.5- Caraterização Abuso

Apresentado os conceitos chave para a interpretação do instituto, importa desde já clarificar que não é proibida a detenção de uma posição dominante, *per se*. O mercado é concebido através de princípios fundamentais, nomeadamente a liberdade de iniciativa económica, seguindo os efeitos da oferta e da procura.

Ora, ao limitar-se desde logo a possibilidade de determinada empresa deter uma posição de domínio estaria a penalizar-se o próprio mérito e esforço individual, a inovação tecnológica e os incentivos económicos inerentes a qualquer atividade económica. Desta forma, proíbe-se sim, o abuso de uma posição de domínio no mercado.²⁹

O objetivo desta proibição não é a proteção dos competidores e da pressão a que estão sujeitos no mercado. É sim, o de proibir condutas que possam, diretamente ou indiretamente, reduzir o bem-estar dos consumidores e, por sua vez, da sociedade.

São inúmeros casos em que determinada empresa, por ter sido a primeira a desenvolver determinado produto e/ou serviço, obsta e dificulta a entrada no mercado a concorrentes, causando um desequilíbrio de forças e um mal-estar para o consumidor final. Desta forma, as normas concorrenciais e a efetiva regulação tornam-se essenciais para garantir uma harmonização entre um domínio e o seu aproveitamento.

A Lei da Concorrência, dispõe no art.º 68º, n.º1. al. a), que o abuso de posição dominante constitui uma contraordenação punível com coima, assim como a negligência, conforme o art.º 68º, n.º3.

Para ser suscetível de se enquadrar como contraordenação, é necessário um comportamento, quer por ação ou omissão, doloso e capaz de integrar um comportamento proibido, conforme legislação em vigor.

²⁹ É prática assente na jurisprudência europeia, a indicação que uma posição dominante não é, por si só ilegal. Assim, as empresas nessa situação têm o direito de se relacionar no mercado com base nos seus méritos, contudo, porém, que tenham em conta uma especial responsabilidade e uma especial cautela no seu comportamento, de modo que não obstem a uma concorrência efetiva, em *Comunicação da Comissão- Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.4.2009.

O TFUE não dispõe concretamente sobre as consequências da violação do presente regime. No entanto, segundo o Regulamento (CE) nº1/2003 do Conselho, para além de coimas, aplicáveis quer a comportamentos intencionais ou negligentes, art.º 23º, podem ser igualmente impostas soluções de conduta e medidas provisórias.³⁰

O objetivo das coimas é de sancionar comportamentos ilícitos, prevenindo a sua repetição. Torna-se necessário que as mesmas sejam avultadas, de maneira que numa ponderação de cenários, se torne claro que não compensa a prática de um ilícito e consequente punição, ao invés do cumprimento da lei.

1.6-Posição de Domínio Individual ou Coletiva

A posição dominante tem sido apresentada, tendo em consideração uma única empresa. Certo é que a existência de tal domínio pode ser constituída por uma ou várias empresas, podendo existir individual ou coletivamente.

O art.º 102º TFUE não deixa margem para dúvidas, ao indicar que é abuso de posição dominante o fato de uma ou mais empresas explorarem abusivamente determinada posição de domínio.³¹

As Orientações da Comissão quanto à aplicação do art.º 102º do TFUE apenas se aplicam aos abusos cometidos por empresas, que detêm uma posição dominante de cariz individual.

Contudo, pela jurisprudência da Comissão é possível colher elementos esclarecedores do que se entende por abuso de posição dominante coletiva, bem como da possibilidade de ser detida por duas ou mais empresas.

A Comissão, no Processo *Società Italiana Vetro SpA e O.*, foi clara ao indicar que há determinados laços económicos, capazes de unir duas ou mais entidades económicas independentes entre si, que devem ser tidos em conta na aferição de uma posição conjunta de domínio exercida sobre outros operadores num mesmo mercado.³²

Para que tal seja suscetível de se enquadrar numa posição coletiva, duas ou mais empresas, independentes entre si, devem, do ponto de vista económico, atuar no mercado

³⁰ A finalidade e o objetivo da Comissão, em cada caso concreto, estabelece a diferença entre a imposição de uma coima ou de uma medida de remediação. A coima pretende reprimir e punir o comportamento, enquanto em que as medidas de remediação têm em vista a restituição da concorrência dos mercados aquando do termo da ilicitude.

³¹ Também assim a Lei Nacional da Concorrência, Lei 19/2012, ao indicar que é proibida, por uma ou mais empresas, uma exploração abusiva de posição de domínio numa parte do mercado nacional.

³² Ac. Do TJ, de 10/03/1992, Proc. Ap. T-68/89, T-77/89, *Società Italiana Vetro E.O/* Comissão Europeia, par. 358.

como uma entidade coletiva. Portanto, adotando uma política e estratégia comum, ainda que nem todos os intervenientes necessitam de agir de igual modo em todos os aspetos.

Além da possibilidade de acordos com vista a afetar conjuntamente a estrutura de mercado, a posição dominante coletiva pode resultar apenas de outros fatores de conexão resultantes da estrutura de mercado em concreto, ou mesmo da forma natural como as empresas interagem e atuam.

Estas práticas de coordenação entre concorrentes no mercado, têm maior possibilidade de produzir efeitos, em contextos de ambiente económico simples e estabilizado, onde a coordenação se deve fundamentalmente pela prática de observação e reação a comportamentos concorrentes. Essa possibilidade de influenciar os concorrentes pode permitir e fomentar uma ação conjunta, economicamente suscetível de conferir uma unidade conjunta.³³

De uma unidade conjunta podem resultar comportamentos abusivos comuns mais frequentes, mas também individuais. Fala-se em “co-detenção”, na medida em que o abuso não tem necessariamente de ser causado por todas as empresas constantes de determinada unidade, para se afigurar como uma posição dominante coletiva, uma vez que basta que os comportamentos suscetíveis de figurar como abusivos, estejam conexos com a exploração da posição dominante e coletiva que as empresas detêm no mercado.

De maneira a alcançar e manter uma situação de coordenação entre empresas, é necessário o cumprimento de três requisitos, devendo ser analisados caso a caso.

Em primeiro lugar e tal como acima apresentado, é necessário a existência de um mercado transparente, no qual as empresas tenham conhecimento, do comportamento de mercado de mercado dos restantes, de maneira a poder haver um certo controlo mútuo, na medida em que cada uma das empresas tentará aumentar os seus proveitos, em detrimento da cooperação.

Como segundo requisito, a verificação de um entendimento de todos os envolvidos, em que a melhor opção, em detrimento da liberdade económica e estratégica de cada um, é a estratégia comum, uma vez que permitirá um elevado número de proveitos, sendo sustentável ao longo do tempo.

³³ Esses comportamentos de coordenação, tanto podem traduzir-se num aumento de preços constante e coordenada, bem como uma limitação da produção ou das capacidades incluídas no mercado. Além disso, dessa coordenação pode resultar uma divisão de mercado, capaz de beneficiar todas as partes constantes da entidade conjunta em questão.

Em terceiro. Tratando-se de uma estratégia coletiva de desvirtuamento da concorrência, torna-se necessária a análise dos restantes intervenientes de mercado, de maneira a aferir da necessidade e/ou mais valia de incluir mais empresas concorrentes, aumentando os ganhos comuns.³⁴

Conclui-se que esta característica coletiva do abuso de posição dominante é aplicável em situações de mercado em que os concorrentes detêm fortes incentivos a uma prática conjunta, sendo mais favorável em mercados oligopolistas, onde se torna simples para um pequeno grupo de empresas controlar tacitamente o comportamento dos outros, seja pela concentração do mercado ou pela transparência e a homogeneidade do produto.

1.7- Formas de Abuso

O art.º 102º TFUE, de forma não taxativa, enuncia determinados comportamentos que podem ser suscetíveis de consistir um abuso de posição dominante. Idêntica foi a opção legislativa adotada em Portugal, conforme o art.º 11º LC. Não havendo diferenças materiais nos preceitos, optaremos em seguida por tratar a disposição comunitária.

O art.º 102º TFUE, na alínea a) dispõe que a imposição de preços de compra ou de venda ou de condições de transação não equitativas, ainda que de maneira direta ou indireta, pode consistir numa prática abusiva, e como tal sancionada de acordo as regras concorrenciais.³⁵

Na alínea b) do referido preceito, indica-se como possível ilícito a limitação da produção, distribuição e do desenvolvimento técnico, causando dessa maneira um prejuízo para os consumidores. Um dos principais objetivos das políticas concorrenciais sempre foi o progresso económico e o desenvolvimento técnico, visto como condição indispensável ao desenvolvimento socioeconómico, gerando maior bem-estar junto dos consumidores.³⁶

A alínea c) apresenta como possível comportamento de abuso, a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, gerando uma desvantagem concorrencial injustificada. Resulta sobretudo

³⁴ Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/27515/1/TP%20Dora%20Santos.pdf> (Consultado a 06, maio, 2021) Vide, Santos dos Dora Cristina Gonçalves, *O Abuso de Posição Dominante*, Trabalho Projeto, Mestrado em Economia Especialização em Economia Industrial, junho 2014.

³⁵ Em causa podem estar imposições de preços excessivos, quer de compra, quer de venda, não havendo mínima relação entre o valor económico de determinado bem como o preço fixado, prejudicando a liberdade de iniciativa económica e a livre concorrência no mercado.

³⁶ Preâmbulo TFUE

de comportamentos ou imposição de preços meramente discriminatórios, colocando entraves à livre concorrência³⁷

O art.º 102º TFUE inclui ainda, na sua alínea d), a imposição de prestações suplementares como condição de aceitação de determinados contratos que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tem ligação com o objeto desses contratos.

Os principais abusos acima elencados consubstanciam-se, fundamentalmente, nas seguintes práticas: preços predatórios; esmagamento de margens e discriminação de preços; descontos de fidelidade e contratos de exclusão; recusas de fornecimento; abusos de direito de propriedade industrial

Capítulo II- Plataformas Tecnológicas

A evolução das tecnologias digitais está associada a uma crescente digitalização e ao aparecimento de novos produtos e serviços.³⁸

Em Portugal a aplicação do Direito da Concorrência às plataformas digitais é praticamente inexistente, quer ao nível das decisões da entidade administrativa competente, quer ao nível das decisões judiciais. Contudo, tem havido uma intensa e louvável atividade de preparação e publicação de diversos relatórios à ajuda e compreensão do fenómeno das plataformas digitais tanto para o domínio da aplicação do Direito da Concorrência como para a elaboração de uma regulação a esta nova realidade³⁹.

Cada vez mais as plataformas tecnológicas desempenham um papel vital nos negócios, mas nem sempre é fácil compreender o que é uma plataforma e quais os seus diferentes efeitos nas diversas áreas, pelo que é essencial a sua definição e o seu impacto no mundo digital.

³⁷ Como no Processo *United Brands*, em que a Comissão concluiu que a diferença de preços exigidos para prestações equivalentes a comerciantes de diversos Estados-Membros, consubstanciava um abuso de posição dominante, na medida em que colocava determinados comerciantes em desvantagem no mercado, devido a exigências distintas, discriminatórios e injustificadas, uma vez que as bananas vendidas eram transportadas da mesma maneira e pelo mesmo meio de transporte, descarregadas com custo idêntico, com semelhantes características quanto à qualidade e com mesmas condições de vendas.

³⁸ De acordo com o Índice de Digitalização da Economia e da Sociedade (IDES), em 2019, Portugal ocupa o 19º lugar entre os 28 Estados- Membros da UE. Índice de Digitalização da Economia e da Sociedade (IDES), Relatório por País de 2019, Portugal, disponível em: https://www.adcoesao.pt/sites/default/files/noticias/desi2020_portugal.pdf , (Consultado em, 03 de junho, 2021). O IDES é composto por cinco indicadores, sendo calculado pela Comissão Europeia desde 2015 com vista a medir o progresso dos Estados Membros em termos da digitalização da economia e da sociedade.

³⁹ Bahamonde, Ruben. “Competencia y Plataformas Digitales en Portugal”. In *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*, 149-164. Tirant to Blanch, 2021.

As plataformas digitais revolucionaram o paradigma tradicional de interação do mercado entre oferta e a procura circunscrita a determinadas infraestruturas ou espaços físicos, bem como implementaram ambientes digitais, web, app ou outro suporte digital facilmente acessível a partir de um computador, telemóvel, um tablet etc..., ou em qualquer lugar.⁴⁰

Contudo antes de começar a definir, importa deixar claro que as plataformas são necessariamente digitais, mas envolvem muitos mais elementos e intervenientes, como pessoas, empresas, entre outros.

O presente capítulo, tem como objetivo, relacionar o que há em comum entre a Google; Microsoft; Amazon, e a Uber. Perceber como se estruturam conectando pessoas e empresas com interesses complementares. Tratando-se de um modelo de negócio baseado na ligação massiva de produtos e serviços.

2.1- Definição Plataformas Tecnológicas

Com o aparecimento da *internet*, as oportunidades de mediar as transações entre grupos de clientes aumentaram significativamente, levando a um aumento da importância das plataformas tecnológicas.

A Comissão Europeia definiu uma plataforma digital como uma empresa que atua em dois ou mais lados do mercado, através da internet, para permitir interações entre os dois ou mais grupos distintos, mas com utilizadores interdependentes, de modo a criar valor para, pelo menos, um dos lados. As plataformas envolvem serviços e atividades como comércio, redes sociais, instrumentos de pesquisa, sistemas de pagamento e partilha de vídeos. Estas possuem novos modelos de negócio e funcionam com algoritmos, que são projetados para arrecadar e processar dados, tomando decisões com base nesses dados.⁴¹

Estes dados podem ajudar a melhorar os algoritmos e, por sua vez, fornecer aos consumidores melhores serviços e mais personalizados, no entanto, os elevados custos que isto acarreta implica que apenas as grandes empresas, com elevadas economias de escala e escopo, consigam suportar, motivando, assim, uma tendência para a concentração de mercado.

⁴⁰ MARTÍ MIRAVALLS, J., “Las subastas electrónicas por entidades especializadas como plataformas digitales: un análisis concurrencial”, La Ley Mercantil nº 73, outubro 2020, pp.5-7.

⁴¹ Nações Unidas, Conferência sobre o comércio e o desenvolvimento, “Competition issues in the digital economy”, maio de 2019, pp. 3-5.

As grandes empresas, como a GOOGLE e a AMAZON, entre outras, tem a vantagem de ser operadores históricos, estão há muito tempo no mercado e obtêm grandes quantidades de dados pessoais dos consumidores. Foi neste contexto que surgiu o *big data*⁴² e o desenvolvimento de algoritmos, de forma a criar perfis de consumidores e filtrar o tipo informação transmitida.

Segundo a Autoridade da Concorrência Portuguesa (AdC)⁴³, cerca de 37% de uma amostra de empresas ativas em Portugal com presença digital, inquiridas pela autoridade da concorrência, reportaram recorrer a software que monitoriza automaticamente os preços online dos seus concorrentes, estando estes resultados em linha com os do inquérito de e-commerce da Comissão Europeia. Também se constatou que 75% dos inquiridos em Portugal afirmam que o resultado das pesquisas afeta o seu comportamento enquanto consumidores.

O conceito de plataforma, nasceu com o nome “plataformas multilaterais” foi apresentado no artigo⁴⁴ “*Strategies for two sided markets*”, publicado em 2006 na Harvard Business Review. Thomas R. Eisenmann, Geoffrey G. Parket e Marshall W. Van Alstyne, afirmaram que as plataformas são uma espécie de organização em rede, que conecta dois grupos distintos e gera valor de forma mútua.

No livro *Plataforma, a Revolução da estratégia*⁴⁵, publicado em 2017, Geoffrey G. Parker e Marshall W. Van Alstyne, aprofundam a análise do modelo. Nele encontramos a definição mais completa do que é o modelo de negócio conhecido como plataforma digital.⁴⁶

⁴² Conhecido como os 4 V’S: Volume de dados; velocidade na recolha, utilização e disseminação de dados; variedade de informação agregada; e o valor possível de ser gerado pelos dados. O big data pode aumentar a eficiência do mercado e o bem-estar dos consumidores. Permite a criação de algoritmos de pesquisa e recomendação de produtos que reduzem os custos de transação e de pesquisa tanto para consumidores como para as empresas, ou seja, permite que sejam direcionados aos consumidores que mais os valorizam. Ana Bidarra, Tese de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, *O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência*, disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37518/1/ulfd137182_tese.pdf (Consultado em 03, de junho de 2021).

⁴³ Autoridade da Concorrência, “*Ecossistemas digitais, Big Data e Algoritmos*”, julho 2019, p.5, disponível em: https://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_%20Publicacoes/Estudos_Economicos/Outros/Documents/Ecossistemas%20digitais,%20Big%20Data%20e%20Algoritmos.pdf (consultado em 03, de julho, 2021)

⁴⁴ Disponível em: <https://hbr.org/2006/10/strategies-for-two-sided-markets> (Consultado em 05, de julho, 2021)

⁴⁵ Geoffrey G. Parker Marshall W. Van Alstyne Sangeet Paul Cloudary, *Platform Revolution*, 2017.

⁴⁶ Um modelo de negócio que usa a tecnologia para conectar pessoas, organizações e recursos em um ecossistema interativo, no qual podem ser criadas e trocadas quantidades incalculáveis de valor. A plataforma oferece uma infraestrutura para tais interações e estabelece condições de funcionamento para elas.

Não é nada mais que do que um modelo de negócio que utiliza a tecnologia com o intuito de conectar pessoas e promover interações. Estas plataformas visam otimizar ao máximo o encontro da demanda com a oferta.

David Rogers,⁴⁷ explica que na verdade, a ideia de plataformas como modelos de negócios, originando teorias económicas de mercados bilaterais, nos quais um negócio serve a dois tipos diferentes de clientes que também dependem um do outro.

Estes efeitos gerados pelas plataformas, têm cada vez mais interferido drasticamente no cotidiano dos usuários, afetando assim não só as relações de negócio, mas também as relações humanas e a sociedade.

2.2- Finalidade e Características

A digitalização da economia fomentou o aparecimento de novos modelos de negócio centrados em plataformas multilaterais.⁴⁸

Estas plataformas são caracterizadas pelo grande volume e variedade de dados que recolhem sobre os utilizadores (big data⁴⁹) e por fortes efeitos de rede, ou seja, o efeito que um utilizador de um produto/serviço tem sobre o valor do produto/serviço para outros utilizadores. Podem surgir integradas em ecossistemas digitais que fornecem um leque variado de produtos e serviços, muitos dos quais sem contrapartida monetária. Estes ecossistemas têm como objetivo agregar utilizadores e ainda, para os direcionar para mercados monetizados do ecossistema.⁵⁰

A lei da Concorrência deve levar em consideração estas especificidades, sob pena de não captarem a essência da concorrência nestes mercados. Importa, em particular, destacar que, nestes mercados, propensos a elevada concentração potencial assume um papel primordial. Os incentivos dos incumbentes à proteção do seu ecossistema podem desencadear estratégias que promovem a persistência da sua posição no mercado e limitem a contestabilidade e a concorrência potencial.

⁴⁷ Autor do livro “Transformação Digital: Repensado o seu negócio para a era digital”

⁴⁸ Os padrões de consumo alteram-se de forma determinante. Em 2018, 94% dos portugueses com acesso à internet já fizeram pelo menos uma compra online (Fair Play. Com concorrência todos ganhamos, Autoridade concorrência, julho 2019.)

⁴⁹ O big data tem permitido o desenvolvimento de algoritmos de preços, de monitorização, de ranking ou de recomendação que podem facilitar a criação e manutenção de equilíbrios de colusão, tácita ou explícita. Contudo, também existem diversos riscos associados ao big data do ponto de vista da concorrência. O Big data pode conferir uma vantagem competitiva significativa a algumas empresas no mercado, ao ampliar os efeitos de rede gerados pelos dados, no contexto de plataformas multilaterais ou de ecossistemas digitais de produtos e serviços.

⁵⁰ Bahamonde, Ruben. “Competencia y Plataformas Digitales en Portugal”. In Competencia en mercados digitales y sectores regulados, 149-164. Tirant to Blanch, 2021.

Uma plataforma digital precisa necessariamente de ser composta por diversos elementos fundamentais.

Um deles, possuir dois grupos que podem criar valor entre si, mas que sem a plataforma não conseguem criar valor na mesma proporção. Por exemplo, motoristas e passageiros no Uber, os turistas no AIRBNB ou até anunciantes e canais de média no Google.

Ter uma infraestrutura de tecnologia capaz de suportar a interação com uma experiência de usuário superior a outros meios.

A mobilização das suas redes sob a forma de uma comunidade que se mobiliza em torno da plataforma, gerando controversas e por último os ativos mobilizados são da comunidade, e não da plataforma, que ganha na intermediação. Este último elemento, é muito importante, pois, o negócio das plataformas não é um acumular de património, mas sim, um conjunto de pessoas e empresas.

Podemos admitir que a grande finalidade destas plataformas é potenciar e conectar grupos com grande valor entre si, que não teriam como interagir a não ser pela plataforma. Desta forma, ela ganha intermediação de produtos e serviços entre as duas partes.

Sintetizando, a plataforma digital, através da sua função como intermediária de, pelo menos, dois lados, vai ligar o utilizador/consumidor ao produtor de conteúdos/vendedor, controlando o comportamento, guardando toda a informação recolhida e assim criar perfis de cada utilizador. Estes dados recolhidos são utilizados como *input* na produção de bens e serviços, de forma a melhorar a qualidade e apresentar ao utilizador produtos do seu interesse, utilizando para tal, o auxílio de mecanismos de inteligência artificial, e, desta forma, vai contribuir para uma maximização do lucro das empresas. Os dados são utilizados também para auxílio a decisões estratégicas, como o preço. As plataformas digitais são caracterizadas pelos efeitos de rede entre os diversos lados de mercado, devido à quantidade e dados recolhidos e analisados. Quantos mais dados a plataforma conseguir obter, mais vantagem concorrencial esta terá, influenciando, assim, uma tendência para a concentração de empresas em determinada plataforma e para obter resultados *winner-takes-all* (o vencedor ganha tudo). Por sua vez, os efeitos de rede entre os diferentes lados do mercado influenciam o surgimento de plataformas multilaterais, que vão funcionar como intermediárias dos diferentes lados da plataforma e internalizar os efeitos de rede entre eles, quanto mais utilizadores aderirem a plataforma mais valor esta terá.⁵¹

⁵¹ Autoridade da Concorrência, “Ecossistemas digitais, Big Data e Algoritmos”, julho 2019, pp. 8-9.

2.3- Modalidades

As plataformas tecnológicas podem ser categorizadas de acordo como, a forma como os seus lados interagem entre si, ou seja, classificada como:

- modelo de plataforma de transação e plataforma de não- transação e ainda a magnitude relativa dos efeitos de rede gerados por cada lado da plataforma, ou seja, como, modelo de plataforma de matching e plataforma de audience-providing.

As plataformas de transação são caracterizadas pela capacidade da plataforma para cobrar taxas de utilização aos seus utilizadores, como por exemplo, comissões. Tal requiere que os lados da plataforma interajam diretamente transacionando produtos e serviços, e que este comportamento seja observado pela plataforma. Pelo contrário, caso os lados da plataforma não realizem transações ou as transações não sejam observados, a plataforma será de não-transação.

Os marketplaces⁵² são um exemplo de plataforma de transação. Uma vez que as transações são efetuadas através do Marketplace, este pode cobrar uma comissão aos consumidores e/ou vendedores por cada transação realizada na plataforma. Pelo contrário, em serviços de *streaming* de áudio e vídeo, não se realizam transações entre os consumidores e os produtores de conteúdos, pelo que se trata de plataformas de não-transação.⁵³ No caso de classificados online, a plataforma poderá ser uma plataforma de não-transação, caso não seja capaz de observar a transação realizada em consequência do anúncio. Ainda assim, poderão observar a transação caso integrem, por exemplo, o serviço de classificados online com o serviço de entrega de produtos/serviços.

Em plataformas de matching, os efeitos de rede cross-side são, para ambos os lados da plataforma, positivos e de magnitude comparável, pelo que os lados da plataforma beneficiam do aumento do número de utilizadores ou quantidades consumidas noutros lados da plataforma. Os marketplaces, por exemplo, são plataformas de matching. Com efeito, os compradores beneficiam de mais vendedores na plataforma, dada a maior concorrência e variedade de produtos disponíveis, e os vendedores têm preferência por

⁵² Um local onde se faz comércio de bens e serviços. A palavra é uma junção dos termos ingleses *market*, que significa “mercado” e *place* que significa “lugar”. O mercado pode acontecer em um espaço físico, real ou em um espaço virtual

⁵³ Sem prejuízo de não existir lugar à cobrança de uma taxa de utilização, poderá existir cobrança de uma taxa de acesso, como por exemplo, a Netflix.

plataformas com um grande número de compradores, que lhes asseguram o acesso a um mercado de maior dimensão.

As plataformas audience- providing, por seu turno, são caracterizadas pela assimetria entre os efeitos de rede cross-side gerados pelos lados da plataforma. Como tal, um dos lados do mercado beneficia mais que outros com o aumento do número de utilizadores ou quantidades consumidas noutros lados da plataforma.

As plataformas multilaterais cujo modelo de negócio se baseia em torno de publicidade, como sejam os meios de comunicação social, as redes sociais ou plataformas de partilha de conteúdos, são exemplo de plataformas audience-providing.

Neste tipo de plataformas, os lados que geram menos efeitos de rede cross-side tendem a subsidiar os lados que geram mais efeitos de rede cross-side. Tal refletir-se-á nos valores das taxas de utilização ou acesso à plataforma para o lado que gera relativamente mais efeitos de rede. Estas taxas podem ser inferiores ou custo de fornecimento dos produtos/serviços e, no limite, ser nulas, como por exemplo, as denominadas “zero-pricing strategies”.

Dado que as plataformas tecnológicas têm, por definição, vários lados, poderá ser difícil classificá-las exclusivamente como plataformas de transação ou não transação; e plataformas de matching ou audience-providing. Uma plataforma de partilha de vídeo, por exemplo, poderá incluir visualizadores, produtores de conteúdos e anunciantes. Neste caso, poderá assumir-se como uma plataforma de matching entre os visualizadores e os produtores de conteúdos, e simultaneamente, assumir um papel de audience-providing entre visualizadores e anunciantes.

A tipologia de plataformas multilaterais definida supra, ainda que não permita uma classificação exclusiva ou mutuamente exclusiva de cada tipo de plataforma, permite identificar os diferentes papéis que uma plataforma pode desempenhar no mercado. Com efeito, o papel desempenhado por uma plataforma determinada as diferenças no processo de recolha de dados, no tipo de algoritmos utilizados, nos tipos e magnitude dos efeitos de rede e nos comportamentos estratégicos passíveis de ser adotados pelas empresas.

2.4- Efeitos e Impactos

As plataformas digitais são muitas vezes consideradas alternativas para solucionar os problemas tradicionais. Contudo é fácil pensar que as plataformas digitais dizem respeito apenas às tecnologias, mas na realidade este tipo de mudanças deve-se pela mudança comportamental da sociedade.

Constitui uma ferramenta intrinsecamente ligada à nossa sociedade. Enquanto sua evolução representa um marco profundo em toda a História, a forma como a utilizamos gera sempre benefícios e desafios.

Torna-se fundamental perceber o desenvolvimento tecnológico, bem como refletir sobre os seus impactos que isso causa na nossa sociedade.

Coloca-se a questão de quais são pontos negativos e positivos? De que forma estas plataformas estão a mudar o mundo atual? De que forma as nossas vidas estão a ser modificadas? Será que existem benefícios ou prejuízos?

É impossível apontar um setor do mercado que não tenha sido amplamente influenciado pelo surgimento das novas tecnologias.

Podemos aferir que os serviços e os produtos automatizados oferecem uma comodidade impensável alguns anos atrás. Surgem tanto novas soluções quanto problemas que precisam de atenção, o que obriga as empresas a se adaptar para suprir as demandas da sociedade.

O surgimento da tecnologia é uma ferramenta que veio facilitar, agilizar, intermediar relações, que torna tais interações comportamentais possíveis e, cada vez mais, expansíveis. A transformação digital pressupõe todo o comportamento do consumidor que sustenta a lógica de geração de valor para o usuário.

As plataformas digitais hoje em dia não são apenas consideradas um software, mas sim, um ecossistema complexo de usuários com diferentes necessidades.

Podemos admitir, que esta transformação, tem grande efeito no nosso mercado. Admitimos que as plataformas digitais já são mais do que uma tendência, mas sim, um recurso inevitável para o mercado.

Assim compreendemos, em sede exemplificativa, a Amazon, ser a maior livraria do mundo; a maior rede de informação ser a Google; a maior frota de aluguel de veículos ser a Uber; a maior imobiliária ser ARIBNB, tudo plataformas digitais.

Ao observar a conjuntura da atualidade, a pandemia que vivemos causada pelo SARS- Cov-2, alterou toda uma mudança no mundo digital, afetando não só as empresas como a vida profissional. A maneira como as pessoas adquirem os produtos e serviços, criou profundas mudanças nas relações entre as pessoas, com efeito a maior dependência do mundo digital.

Também observamos, um grande impacto, no sentido da delimitação de mercados relevantes no contexto de plataformas multilaterais, presente neste sentido um conjunto

de desafios. Do ponto de vista metodológico, as características intrínsecas dos mercados multilaterais criam complexidade acrescidas à aplicação das ferramentas utilizadas para definir mercados unilaterais.

No exercício de delimitação de mercados relevantes em plataformas multilaterais, importa levar em consideração os efeitos de rede, para enquadrar o contexto concorrencial em que as empresas integram. Os efeitos de rede característicos nestas plataformas, ao serem internalizados pelas empresas, podem ter um impacto nas estratégias ao nível de preço, de qualidade e de investimento, assim como na reação à entrada de concorrentes. A título ilustrativo, consideramos o caso de um motor de busca que equacione cobrar uma taxa de subscrição aos utilizadores. Nesta decisão, o operador ponderará, por um lado, o aumento da margem de lucro e, por outro, a receita que sacrificaria do lado anunciante, em resultado da redução do número de pesquisas. Esta abordagem resulta do efeito de rede cross-side, entre os utilizadores e os anunciantes, que é internalizado pela empresa nas suas decisões estratégicas.

Capítulo III- Abuso Posição Dominante nas Plataformas Tecnológicas

3.1- Enquadramento

Este capítulo tem como principal objetivo a exploração do abuso da posição dominante agregado as plataformas tecnológicas, tendo em consideração as suas implicações para a economia, isto é, os efeitos da posição dominante das empresas em determinados mercados, nomeadamente no que respeita às suas implicações para consumidores, inovação tecnológica e política concorrencial.

Um abuso de posição dominante consiste numa prática restritiva da concorrência que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa, ou de um conjunto de empresas, no caso de se tratar de posição dominante coletiva, do poder de que dispõem num determinado mercado.⁵⁴

De uma forma objetiva, é a utilização indevida por uma empresa do seu poder de mercado, resultando na exploração dos agentes económicos ou na exclusão de concorrentes de mercado.

⁵⁴Disponível em : http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx Autoridade da Concorrência, (Consultado em 06 de junho, 2021)

Contudo, importa sublinhar que, não se proíbe que uma empresa detenha uma posição dominante no mercado. O que não pode acontecer é que uma empresa que detenha uma posição dominante abuse dessa posição através de práticas que possam falsear a concorrência.

A posição dominante relaciona-se mais com o poder económico que a empresa detém e a sua possibilidade de agir de forma independente no mercado.⁵⁵

Ao longo da última década inúmeras investigações foram iniciadas a empresas suspeitas de violarem o Direito da Concorrência da EU. De maior mediatismo foram as investigações sobre o GOOGLE ou Amazon, que são objeto do nosso estudo. Pois, para além de avultadas coimas,⁵⁶ demonstra a crescente preocupação com este tipo de mercados, e consequentemente, com o avanço das novas tecnologias.

Através das regras da concorrência garantimos que as novas tecnologias tratam as pessoas de forma justa e que todos podem competir no mesmo nível. Sendo uma condição necessária para a inovação.⁵⁷

Assim importa, abordar a importância do conhecimento sobre conceitos de mercado relevante; posição dominante; os tipos de abuso e ainda medidas corretivas.

3.2-Case Study

3.2.1- GOOGLE

A Empresa Google, é uma empresa multinacional de serviços online e software dos Estados Unidos, considerado o maior empreendimento mundial no campo virtual. Foi fundada por Larry Page e Sergey Brin em 4 de setembro de 1998, o grande objetivo é de forma clara, o de organizar a informação mundial e torná-la universalmente acessível e útil.

O rápido crescimento da Google, desde a sua incorporação culminou em uma cadeia muito dinamizada, pela agressiva política de aquisição de potenciais concorrentes ou de produtos complementares, que vão além do núcleo inicial como motor de buscas. A empresa oferece software de e-mail Gmail, e ferramentas de redes sociais, incluindo o GOOGLE+.

⁵⁵ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, cit., p.284.

⁵⁶ No total a GOOGLE teve aproximadamente 9.4 biliões de coimas

⁵⁷ The new age of corporate monopolies, Margrethe Vestager, Ted Talks, outubro 2017. Disponível em: https://www.ted.com/speakers/margrethe_vestager (Consultado em 11, de junho, de 2021)

Os produtos do Google se estendem à área de trabalho, com aplicativos como o navegador GOOGLE CHROME, o programa de organização de edição de fotografias Picasa e o aplicativo de mensagens instantâneas Google Talk. A companhia também lidera o desenvolvimento do sistema operacional móvel para smartphones Android.

A GOOGLE está associada a casos de Abuso de posição dominante, a 30 de novembro de 2010, a Comissão iniciou uma investigação à GOOGLE, (Caso AT.39740) por suspeitas de violação do artigo 102º TFUE, Esta teve início após várias queixas por parte de concorrentes da empresa, alegando que a google favorecia nas suas páginas de resultados de pesquisa geral (Google Search) o seu próprio serviço de comparação de preços (google shopping), em detrimento dos serviços de comparação de preços dos seus concorrentes.

Em março de 2013, a Comissão informou formalmente,⁵⁸ a Google de que as seguintes práticas da empresa poderiam estar em violação do artigo 102º. TFUE.

- Tratamento mais favorável atribuído, nas páginas de resultados de pesquisa geral da Google, sem consentimento, de conteúdo original de websites de terceiros nos seus serviços de pesquisa da própria Google, em detrimento de hiperligações para os serviços concorrentes (vertical Search Abuse);
- Utilização pela Google, sem consentimento, de conteúdo original de websites de terceiros nos seus serviços de pesquisa especializada (contente Sraping);
- Contratos que obrigam os websites de terceiros a obter toda ou a maior parte dos seus anúncios de pesquisa do Google (adsense);
- Restrições contratuais quanto à possibilidade de transferência de campanhas de publicidade rivais (Adwords).

A Comissão, após uma longa investigação, concluiu que o comportamento da Google era abusivo pois para além de desviar o tráfego dos serviços concorrentes de comparação de preços para o seu serviço de comparação de preços (diminuindo o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da GOOGLE para os serviços concorrentes de comparação de preços e aumentando o tráfego das páginas de resultado de pesquisa geral da GOOGLE para os serviços concorrentes de comparação de preços e aumentando o

⁵⁸ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 25 de abril 2013, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_371 (Consultado em, 15 de junho de 2021).

tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da GOOGLE para o seu próprio serviço de comparação de preços) é suscetível de ter, ou tem provavelmente, efeitos anti-concorrenciais nos mercados nacionais dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral.⁵⁹

Segundo a Comissão, desde 2007 que a GOOGLE detém uma posição dominante em cada um dos mercados nacionais. A posição dominante foi aferida tendo em conta as quotas de mercado da GOOGLE, a existência de barreiras à expansão e à entrada, a reduzida frequência de *multi-homing*, por parte dos utilizadores, a existência de efeitos de marca e na ausência de um contrapoder por parte dos compradores.

A decisão conclui que o comportamento da GOOGLE, tem o potencial de excluir os serviços concorrentes de comparação de preços, o que pode conduzir a encargos, mais elevados para os comerciantes, a preços mais elados para os consumidores e a uma redução da inovação (...) é suscetível de reduzir a capacidade dos consumidores em aceder aos serviços mais relevantes de comparação de preços (...) teria também potenciais efeitos anti-concorrenciais mesmo que os serviços de comparação de preços não constituíssem um mercado do produto relevante distinto, mas antes um segmento de um possível mercado mais amplo do produto relevante, incluindo tanto os serviços de comparação de preços como as plataformas de vendas.

A investigação ficou concluído a 27 de junho de 2017, data em que a Comissão emitiu a sua decisão final aplicando uma coima de 2.42 bilhões e ordenando que a empresa cessasse de forma definitiva a conduta abusiva.

A 15 de abril de 2015 a Comissão iniciou a segunda investigação à GOOGLE (Caso T-40099) por suspeitas de violação do artigo 102º TFUE. Desta vez, estavam em causa as práticas negociais que a empresa levava a cabo em relação ao seu sistema operativo Android.

Segundo a Comissão, desde 2011 que a GOOGLE, impôs restrições ilegais aos fabricantes de dispositivos Android e aos operadores de redes móveis com o intuito de cimentar a sua posição dominante nas pesquisas genéricas na internet.

Na investigação, considerou-se que os mercados de produto relevantes seriam os mercados dos serviços de pesquisa genérica na Internet, sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis inteligentes e lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android.

⁵⁹ Resumo da Decisão da Comissão de 27 de junho 2017. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) (Consultado 16, de junho de 2021).

Já os mercados geográficos relevantes seriam os mercados nacionais. A posição dominante foi aferida tendo em conta a quota de mercado da GOOGLE, teria mais de 90% de quota de mercado na maioria dos Estados- Membros, e as elevadas barreiras à entrada.

Segundo a comissão⁶⁰ a empresa cometera abuso de posição dominante ao:

- Associar ilegalmente as aplicações de pesquisa e de navegação da GOOGLE, oferecendo aos fabricantes as suas aplicações e serviços móveis como um pacote, impossibilitando a instalação de umas aplicações sem outras. Tal incluiria a GOOGLE PLAY STORE, a aplicação GOOGLE SEARCH e o programa de navegação GOOGLE CHROME.
- Conceder incentivos financeiros a fabricantes de dispositivos e operadores de redes móveis, na condição de precederem à pré-instalação exclusiva da aplicação GOOGLE SEARCH em todos os dispositivos com o sistema operativo Android.⁶¹
- Impedir que os fabricantes de dispositivos utilizassem qualquer versão Android alternativa que não fosse aprovada pela GOOGLE (Android FORKS). A fim de poder pré-instalar nos seus dispositivos aplicações exclusivas da GOOGLE, incluindo a PLAY STORE e o Google SEARCH, os fabricantes comprometiam-se a não desenvolver ou vender um único dispositivo que fosse, que funcionasse com uma ramificação Android. A Comissão constatou que esta conduta era abusiva a partir de 2011, data a partir da qual a GOOGLE passou a deter uma posição dominante no mercado das lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android.

A 18 de julho de 2018, a Comissão emitiu a sua decisão final e aplicou à empresa uma coima no valor de 4.342 865 000 milhões bem como ordenou a cessação de forma definitiva a conduta abusiva.⁶²

⁶⁰ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 18 de julho 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_18_4581 (Consultado em, 16, de julho de 2021)

⁶¹ A comissão considerou ilegal a conduta da GOOGLE entre 2011 e 2014. Em 2013, a GOOGLE começou a suprimir gradualmente o requisito. A prática ilegal cessou de forma efetiva a partir de 2014.

⁶² Vide artigo, disponível em: <https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/Comissao-Europeia-aplica-nova-multa-Google-caso-Search/6585/> (Consultado em 16 de julho de 2021).

3.2.2- MICROSOFT

A Microsoft Corporation é uma empresa transnacional dos Estados Unidos com sede em Redmond, Washington, que desenvolve, fabrica, licencia, apoia e vende softwares de computador, produtos eletrônicos, computadores e serviços pessoais.

Ao falamos da Microsoft teremos que referir, um caso bastante conhecido dentro da temática de comportamentos de concorrência desleal ⁶³, o fato da Microsoft, ter sido, uma empresa monopolista do mercado de sistemas operativos para computadores (Windows). A Microsoft criou um browser que é o Internet Explorer (IE), com o intuito de alargar o seu monopólio aos softwares de internet. Este era concorrente direto do browser Netscape Navigator.

Esta por sua vez, começou a ser investigada em maio de 1998, devido a queixas por parte dos seus concorrentes. Em outubro desse mesmo ano, começou o seu julgamento. Era acusada de três práticas prejudiciais à concorrência, a primeira era de tentar monopolizar o mercado dos SO através do fabrico de SO compatíveis com os microprocessadores da Intel, que na altura dominava o mercado dos processores de computadores e foi a grande revolucionária do crescimento do mercado dos computadores, suspeitava-se que ambas as empresas tinham acordos que prejudicavam os seus concorrentes. A segunda era relativa à tentativa da Microsoft tentar dominar o mercado dos browsers de internet, pois obrigava a venda de softwares produzidos por si como o IE, juntamente com a venda do SO Windows, assim a Microsoft aproveitou o seu poder de mercado dos SO para impor os restantes softwares produzidos, o que retirava qualquer possibilidade de o browser Netscape Navigator subsistir e ganhar poder de mercado. A terceira prática fazia à vinculação do IE ao SO.

Quando o consumidor, neste caso os fabricantes de equipamentos tecnológicos compravam o SO Windows, o contrato para a utilização deste SO continha cláusulas que proibiam o fabricante de remover do ambiente de trabalho ou do menu iniciar, ou de outra localização, o ícone do IE, desta forma, a Microsoft conseguia impedir que os softwares que estavam a ser criados para funcionar em todos os sistemas operativos pudessem criar

⁶³ Quando se fala especificamente de concorrência desleal, tem-se em vista a prevenção de casos em que o comportamento dos sujeitos económicos ofende as regras usuais da moralidade e lealdade da concorrência. A. Xavier, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 138, Lisboa:DGCI, 1970, P.14. Ela abrange assim, todo o ato ou omissão, não conforme aos princípios da Honestidade e da boa fé em comércio, suscetível de causar prejuízo à empresa de um concorrente, pela usurpação total ou parcial das sua clientela. FERRARA JUNIOR, apud F. CORREIA, *Propriedade industrial, registo do nome do estabelecimento, concorrência desleal*, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano VI, 1-3, p.139.

alguma concorrência com o Software criado por si, ou seja, o utilizador final poderia utilizar sempre o IE, mesmo que tivesse instalado outro Browser.

Para os fabricantes dos equipamentos, fornecer um equipamento com dois browsers já instalados acarreta muitos custos. Esses custos não advêm dos browsers em si, mas sim, dos consumidores finais que ficam confusos sobre as diferenças entre os browsers e qual devem escolher, ocupando as linhas de suporte para esclarecerem as suas dúvidas, por isso optaram por vender o SO apenas com o browser IE.

A investigação deste caso, iniciou-se com a definição do mercado relevante da Microsoft para averiguar o poder de mercado da mesma. O tribunal distrital definiu no mercado de produto relevante todos os produtos da Intel compatíveis com o SO da Microsoft. Perante esta definição, a Microsoft ripostou que o mercado relevante deveria incluir todos os produtos pertencentes e não pertencentes à Intel compatíveis e não compatíveis com o Windows, dispositivos portáteis e os softwares compreendidos como uma ponte entre o SO e aplicações numa rede, tal como a JAVA⁶⁴, mas o Tribunal de Recurso recusou considerar o mercado do produto relevante tão amplo.

Após a definição de mercado estar concluída, seguiu-se a etapa de averiguação do poder de mercado da Microsoft, cujo resultado confirmou que a Microsoft detém mais de 95% da quota de mercado. Caso a definição de mercado incluísse o SO Mac, a Microsoft continuava suspeita de posição dominante, com uma quota de mercado de mais de 80%.

Uma elevada quota de mercado nem sempre significa posição dominante, por isso foi necessário analisar as barreiras de entrada no mercado, esta análise revelou que existem barreiras bastantes elevadas, isto devido a dois fatores. O primeiro é a preferência dos consumidores, pois estes preferem um SO para o qual já existam bastantes aplicações compatíveis. O segundo fator abrange os criadores de aplicações que preferem escrever aplicações compatíveis com um SO que já tenha bastantes consumidores.

O Tribunal Distrital considerou este comportamento como uma desobediência à Lei de Sherman criada em 1980 para combater as ações monopolistas do mercado do aço, das ferrovias e do petróleo e em junho de 2001, foi considerada culpada apenas da primeira acusação referente à sua tentativa de dominar o mercado dos SO através de cláusulas de exclusividade, (Motta, 2003).

⁶⁴ O JAVA permite executar jogos, fazer upload de fotos, fazer tours virtuais e usar serviços, como treinamento on-line, transações bancárias on-line e mapas interativos.

No EEE, a Windows infringiu o Artigo 102º do TFUE, alínea a), na qual a Windows impôs, de forma indireta, a quem compra o seu SO o uso do seu browser de Internet, entre outras aplicações, como o Windows Média Player, entre outros.

Este caso é relevante, pois é um dos casos pioneiros a ser julgado por abuso de posição dominante, inserido na economia digital. Após a análise do caso, é possível verificar a importância da definição de mercado, pois utilizando a definição de mercado que a Microsoft propôs, provavelmente, estaríamos perante um mercado no qual a Microsoft não tem poder de mercado tão significado.

Contudo esta foi alvo novamente de investigações, segundo a decisão de 2004 a MICROSOFT violou o artigo 82º da CE e o artigo 54º do Acordo EEE, devido a dois abusos de posição dominante, sendo o primeiro, constituído pela recusa da Microsoft em fornecer aos seus concorrentes informações relativas à interoperabilidade e em autorizar a sua utilização para o desenvolvimento e a distribuição de produtos concorrentes no mercado dos sistemas operativos para servidores de grupo de trabalho, no período compreendido entre o mês de outubro de 1998 e a data da notificação da decisão de 2004, (artigo 2º, alínea a), da decisão de 2004.⁶⁵

Os dois abusos identificados pela decisão de 2004 foram sancionados pela aplicação de uma coima de um montante de 497 196 304 euros, artigo 3º da decisão de 2004.

Como medida destinada a corrigir a recusa abusiva mencionada no artigo 2º, alínea a), da decisão de 2004, o artigo 5º dessa decisão ordena à Microsoft o seguinte:

- A Microsoft (..) divulgará, no prazo de 12º dias a contar da notificação da presente decisão, as informações relativas à interoperabilidade a qualquer empresa que deseje desenvolver e distribuir sistemas operativos para servidores de grupo de trabalho, e autorizará, em condições razoáveis e não discriminatórias, essas empresas a utilizar as informações relativas à interoperabilidade para desenvolver e distribuir sistemas operativos para servidores de grupo de trabalho;
- A Microsoft (..) fará com que as informações relativas à interoperabilidade divulgadas sejam atualizadas sempre que necessário, e o mais rapidamente possível;
- A Microsoft (..) porá a funcionar, no prazo de 120 dias a contar da notificação da presente decisão, um mecanismo de avaliação que permita às empresas interessadas informarem-se de forma eficaz sobre o alcance e as condições de

⁶⁵ Processo T- 167/08.

utilização das informações relativas à interoperabilidade; a Microsoft (..) pode impor condições razoáveis e não discriminatórias para garantir que o acesso facultado neste quadro às informações relativas à interoperabilidade só seja utilizado para fins de avaliação;

- A Microsoft (..) informará a Comissão, no prazo de 60 dias a contar da data de notificação da presente decisão, das medidas que tenciona tomar para se conformar com as alíneas anteriores; nessa data a Microsoft (...) deverá comunicar à Comissão pormenores suficientes para que esta fique em condições de realizar uma primeira avaliação das medidas suprarreferidas, a fim de determinar se elas respeitam efetivamente a presente decisão; a Microsoft (..) indicará detalhadamente as condições em que autorizará a utilização das informações sobre a interoperabilidade.

Analisando o acórdão em estudo, claramente que a Microsoft colocava os seus concorrentes no mercado dos sistemas operativos para servidores em desvantagem, na medida em que mais de 90% dos computadores pessoais utilizavam o sistema Windows. Assim, a que menos os concorrentes possam aceder à informação técnica que permite a comunicação entre os clientes e os servidores, bem como relativa à comunicação entre servidores que usem o sistema Windows ser-lhes-á impossível garantir um nível de fiabilidade equivalente ao fornecido por uma solução exclusivamente assente nos produtos. Logo aqui, a Microsoft encontrava-se numa posição tão próxima quanto possível do monopólio num mercado sem obstáculos à entrada.

Esta conduta tem um impacto negativo no progresso técnico e, em segundo lugar, causa um dano aos consumidores. Limita a capacidade de os clientes beneficiarem de inovações nos sistemas operativos para servidores trazidos pelos concorrentes da Microsoft e, simultaneamente, a limitação das possibilidades de sucesso dos concorrentes, com o consequente desincentivo para estes relativamente à realização de investimentos destes em novos produtos. A interoperabilidade traria benefícios ao permitir a diferenciação de produtos e serviços e a inovação em domínios para além das especificações levando à concorrência pelo mérito nas características dos diferentes programas e não à vantagem artificial resultante da maior interoperabilidade num ambiente exclusivamente operado com Windows.

Apesar da importância do compartilhamento de dados no desenvolvimento da sociedade da informação e na criação de serviços novos e inovadores, não existe

atualmente uma perspectiva clara sobre a legislação em relação à partilha de dados não pessoais. O conhecimento sobre este tópico não é claro, mas complexo e fragmentado. Como tal, é difícil identificar padrões comuns, estratégicos para definir políticas baseadas em fatos e para enfrentar os potenciais desafios.⁶⁶

3.2.3 AMAZON

Amazon é considerada uma empresa multinacional de tecnologia norte-americana com sede em Seattle, Washington. Esta companhia se concentra no e-commerce, computação em nuvem, streaming e inteligência artificial. É eleita uma das cinco grandes empresas de tecnologia, juntamente com Google, Apple, Microsoft e Facebook.

A Amazon foi criada por Jeff Bezos em 1994, quando a internet ainda não havia se popularizado. Prevendo os avanços que poderiam acontecer na rede, o executivo resolveu criar um novo modelo de negócio: vendas e distribuição online de livros.

Contudo, atualmente a Amazon comercializa produtos diversos, incluindo brinquedos, eletrônicos, vestuários e acessórios.

Também esta, foi alvo de acusações de abuso da posição dominante, a Comissão Europeia acusou esta de abuso de posição dominante na União Europeia, por alegadamente ter prejudicado a concorrência dos mercados retalhistas online. A gigante tecnológica norte-americana é acusada de ter usado em seu benefício dados privados dos vendedores independentes que usam a plataforma, distorcendo a concorrência no mercado do comércio eletrónico.

A Amazon é agora obrigada a responder às acusações da Comissão Europeia, que se forem confirmadas podem valer-lhe uma multa de 28 mil milhões de dólares, ou seja, prefere um valor de 23,6 mil milhões de euros.

Desde julho de 2019 que a Amazon está sob escrutínio da Comissão Europeia. Segundo dados da investigação, a Amazon está a utilizar dados de comerciantes independentes que vendem produtos nos seus sites para vender os seus próprios produtos.

Amazon pode desta forma, ter utilizado dados sensíveis em grande escala para competir contra retalhistas mais pequenos. Isto representa uma violação do artigo 102º do TFUE, que proíbe o abuso de uma posição dominante no mercado.

⁶⁶ Relatório elaborado pela *Support Centre For Data Sharing*, uma iniciativa financiada pela Comissão Europeia para continuar a apoiar o desenvolvimento do Mercado Único. “B2-Analytical report on EU law applicable to sharing of non-personal data Support Centre for data sharing DG CONNECT”, 2020, p.9. Disponível em: <https://data.europa.eu/en/news/european-commission-launched-support-centre-data-sharing> (Consultado a 28 de outubro, 2021)

Esta por sua vez, nega as acusações e acrescenta publicamente o seguinte discurso: “Discordamos das asserções preliminares da Comissão Europeia e continuaremos a fazer todos os esforços para que a Comissão Europeia compreenda os fatos. A Amazon representa 1% do mercado do retalho global e existem retalhistas maiores em todos os países em que operamos”, esta reitera ainda, que parte do objetivo da empresa é apoiar pequenos retalhistas ao dar-lhes um local para vender, dizendo “Há mais de 150 mil empresas europeias a vender através da nossa loja que geram milhares de milhões de euros em receitas anuais e têm criado centenas de milhares de emprego”

Contudo podemos concluir que as acusações chegam numa altura em que empresa de Jeff Bezos prospera, as ações da empresa subiram 73% e a fortuna de Bezos passou de 74 milhões para 189,3 mil milhões de dólares em apenas seis meses. Em causa está aumento do comércio online devido à atual pandemia.

A Comissão Europeia abriu ainda uma segunda investigação formal sobre o possível tratamento preferencial das ofertas de retalho da própria Amazon e dos vendedores de mercado que utilizam os seus serviços de logística e entrega. É um processo que já tinha começado como vimos desde 2019 e que está relacionado com os serviços como o buy Box, uma funcionalidade que é determinante para os sucessos de vendas de muitos retalhistas.

Na Amazon, vários vendedores podem oferecer o mesmo produto. Por isso, quando um utilizador abre a página de um produto na Amazon não está necessariamente a escolher um vendedor específico. Em vez disso, o utilizador abre uma página genérica do produto e é a Amazon que seleciona automaticamente um retalhista para fazer a venda se o utilizador decidir comprar o produto. Se o produto se esgotar no retalhista selecionado, o botão é automaticamente atribuído a outro.

A empresa responde, neste seguimento, “Temos de assegurar que as plataformas de duplo papel com poder de mercado, como a Amazon, não distorcem a concorrência. Os dados sobre a atividade de vendedores terceiros não devem ser utilizados em benefício da Amazon quando esta atua como corrente destes vendedores”.

“Com o comércio eletrónico em expansão, e sendo a Amazon a principal plataforma de comércio eletrónico, um acesso justo e não distorcido aos consumidores em linha é importante para todos os vendedores”

Nos EUA, a forma como a Amazon gere o seu site e privilegia os seus próprios produtos também está a ser alvo de escrutínio. Em julho, em depoimentos ao Congresso norte-americano, Jeff Bezos negou as acusações e insistiu que a empresa tem políticas

contra esse tipo de estratégias. No entanto, Bezos admite que é impossível, “garantir que as políticas nunca foram violadas”.⁶⁷

Outra de muitas investigações que a Comissão abriu à Amazon, diz respeito a cláusulas contratuais que obrigam as editoras a informar a Amazon sobre as condições comerciais oferecidas às empresas que concorrem com a distribuidora de livros digitais (e-books).

Neste sentido a Comissão compromete-se a investigar, em particular, cláusulas nos contratos que Amazon tem com as editoras. Estas cláusulas requerem que as editoras informem a Amazon sobre condições mais favoráveis ou condições alternativas oferecidas a empresas concorrentes e/ou a oferta dessas mesmas condições à Amazon.

Estas cláusulas limitariam a escolha do consumidor e limitam a capacidade de concorrência desenvolver produtos ou serviços inovadores.

Este comportamento da Amazon, viola as leis da concorrência da UE, que proíbem o abuso de posição dominante no mercado.⁶⁸

3.2.4 UBER

A UBER é uma empresa multinacional americana, prestadora de serviços eletrónicos na área do transporte privado urbano, através de um aplicativo de transporte que permite a busca por motoristas baseada na localização, em inglês e-hailing, oferecendo um serviço semelhante ao tradicional táxi⁶⁹.

Contudo, falaremos e analisaremos o caso bem conhecido do Uber Eats. Esta por sua vez, consiste numa empresa de distribuição de comida em casa, que se tornou muito popular, nomeadamente, por ter abusado do poder de mercado durante a primeira vaga da pandemia de Covid-19.

⁶⁷Vide artigo, disponível em: <https://www.publico.pt/2020/11/10/tecnologia/noticia/comissao-europeia-vai-investigar-amazon-abuso-posicao-dominante-1938657> <https://pt.euronews.com/2020/11/10/comissao-europeia-acusa-amazon-de-abuso-de-posicao-dominante>. (Consultado em 19, de julho 2021)

⁶⁸ Vide artigo, disponível em: https://www.jornaldenegocios.pt/empresas/tecnologias/detalhe/comissao_europeia_investiga_amazon_por_suspeitas_de_abuso_de_posicao_dominante (Consultado em 19, de julho 2021)

⁶⁹ Importa salientar que Autoridade Portuguesa da Concorrência publicou um conjunto de relatórios que permitem clarificar melhor aplicação do Direito da Concorrência no contexto das plataformas digitais. A ADC recomendou no seu relatório a alteração da regulação dos serviços tradicionais, bem como a implementação da sua própria regulamentação para os serviços decorrentes das novas plataformas, o que conduziu à implementação da lei UBER 2018, relativa ao transporte individual e remunerado de passageiros em veículos não caracterizados da plataforma eletrónica TVDE. Lei nº 455/2018 de 10 de agosto, *Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica*.

Esta empresa, como sabemos, consiste, numa plataforma de entrega de refeições e alimentos online. Antigamente o Uber Eats fazia originalmente parte do serviço de motorista do Uber, mas tornou-se num aplicativo e num serviço autónomo.

Durante toda a crise sanitária, as pessoas usaram uma maior adesão ao aplicado, tendo existido uma denúncia feita à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) e à Autoridade da Concorrência para que averiguassem a atuação desta empresa.⁷⁰

A Uber Eats, pode estar perante uma situação de abuso de posição dominante, pois, existiu uma utilização indevida, do seu poder de mercado, resultando na exploração dos outros agentes económicos ou na exclusão de concorrentes do mercado.

Ao analisamos, podemos concluir que a considerada encomenda de comida para casa via app no telemóvel é, para muitos consumidores, sinónimo de Uber Eats. Num estudo, feito em particular, conclui-se que a empresa, detêm mais de 50% da quota de mercado das aplicações para entrega.

Esta aplicação segue um modelo idêntico nos contratos que fazem com os restaurantes, ou seja, utilizam contratos cláusulas pré-aprovadas, sem possibilidade de alteração ou negociação, e tão reduzidos que quase se limitam à identificação das partes e ao valor das comissões cobradas.

Pormenores essenciais, como formas de cálculo das taxas aplicadas ao comerciante, garantia de serviço, as reclamações sobre a prestação dos serviços da app ao comerciante, a suspensão dos serviços pela app, as obrigações do comerciante ou até como terminar o contrato, são relegados para outros documentos, indicados como termos gerais.

Aferimos que o cálculo e cobrança de taxas pela Uber Eats são pouco claros, ao analisámos o contrato em geral e as comissões cobradas aos vendedores que se associem através de um contrato de prestação de serviços Uber Eats- Formulário de Encomenda. Independentemente do regime que o vendedor escolha, a comissão varia entre 15% e 30% das vendas brutas de produtos e/ou serviços obtidos com o parceiro. A esta percentagem ainda podem acrescer custos com taxa de ativação, taxa por danos, ou taxa de assinatura por cada artigo vendido através da plataforma.

Numa proposta contratual da Uber Eats feita a um restaurante da área metropolitana de Lisboa, verificámos que o esquema de cálculo e de cobrança das taxas é complexa. As

⁷⁰ Do que se refere ao enquadramento regulamentar das plataformas de transporte, Portugal foi um pioneiro na Europa a regular uma atividade que tem implicada uma perturbação no mercado dos transportes em muitos casos tem sido evidenciada a dificuldade da sua demonstração havendo uma evidência de ónus que torna muito difícil de verificar na prática.

regras não constam do próprio contrato de adesão, o denominando formulário de encomenda, mas dos termos suplementares que são externos ao contrato.

Comissões tão elevadas num setor tão concorrencial como a restauração lavam ao esmagamento das margens de lucro, podendo impedir o acesso de alguns restaurantes a estas plataformas. Com o agravamento que houve das medidas restritivas, é algo particularmente delicado para muitos restaurantes.

Pergunta-se como contornam os restaurantes disponibilizados na app da Uber Eats comissões tão elevadas? Nalguns casos, quem paga mais é o consumidor. O valor dos produtos é, em regra, 10% superior ao que se encontra em loja, por exemplo, no Mcdonalds, a percentagem será maior no caso de alguns parceiros ou restaurantes mais pequenos, que despõem de menos poder negocial do que uma cadeia de fast food.

A Uber Eats cobra as suas comissões ou taxas com base no valor bruto da venda, não descontando o IVA⁷¹ que é necessariamente cobrado pelo comerciante mas que terá de ser entregue ao Estado. Este tipo de funcionamento converte-se numa prática predatória da contabilidade dos estabelecimentos de restauração, pois tem em conta o valor do IVA aplicável à venda, mas que não é lucro nem pertence aos restaurantes.

Na prática, as comissões cobradas aos restaurantes atingem, na prática, valores superiores aos 30%, havendo casos em que ultrapassam os 40%.

Em sede de exemplo, se um restaurante, por exemplo, vende uma pizza por 12,30 céntimos, 2,30 céntimos, são entregues ao Estado em IVA. A plataforma aplica

uma comissão de 30% sobre os 12,30 e encaixa 3,69 céntimos. Esse valor representa 37%, e não 30%, da fatia com que o restaurante fica 10 euros. Com o mesmo exemplo, uma comissão anunciada de 35 % significa uma verdadeira comissão de 43%, e no final, as comissões das apps ainda são acrescidas de IVA, em vez de 3,69 euros. O restaurante acaba a desembolsar 4,54 céntimos, ou seja, $3,69 + 23\% \text{ IVA} = 4,54$ céntimos.

Concluimos, com este estudo, que podemos estar perante uma clara situação de abuso da posição dominante. Este cenário indica que a empresa, funciona em regime de oligopólio⁷², representa bem mais de metade da oferta do mercado nacional.

Os consumidores também saem prejudicados, uma vez que, podem pagar mais pelo mesmo produto e haverá uma diminuição na oferta disponível a longo prazo. A tudo isto

⁷¹ Imposto sobre o valor acrescentado. É um imposto que incide sobre a despesa ou consumo e tributa o valor acrescentado das transações efetuadas pelo contribuinte.

⁷² Dá-se quando um número pequeno de empresas detém parcela significativa de algum mercado. Ou seja, há um total domínio de mercado por parte das empresas que nele atuam. Dessa forma, a competição entre as empresas pode não ocorrer de forma acertada, o que prejudica o consumidor.

acresce a necessária taxa do serviço/transporte por eles suportada, que varia entre os 1,90 e os 2.90 cêntimos por encomenda.

Assim segundo a comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da concorrência (97/C372/03), deduz-se que uma empresa detém uma posição dominante num dado mercado quando, como já referido, dispuser de um poder que lhe permite comporta-se independentemente dos seus concorrentes dos seus fornecedores e dos seus clientes. Ou seja, quando ocupa uma posição relevante no mercado que, sempre que toma decisões em termos de política comercial, não precisa de se preocupar com a reação dos outros agentes económicos.⁷³

3.3 As dificuldades na aplicação do artigo 102º TFUE nas plataformas tecnológicas

Os casos em análise levantam inúmeras críticas na doutrina quanto à fundamentação utilizadas para comprovar a existência de um abuso de posição dominante.

Iremos analisar os pontos mais decisivos das decisões, começando pela análise crítica da definição de mercado relevante.

3.3.1 Definição de Mercado Relevante e Posição Dominante

Entendemos, que o primeiro passo na aferição da existência ou não de uma posição dominante passa pela definição de mercado relevante.

A Comissão define o mercado relevante a partir da substituíbilidade do lado da procura o que, como explica Sousa Ferro⁷⁴ parece ser a sua preferência. Assim considerou como mercado relevante o mercado dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral, excluindo desta forma o mercado das plataformas de vendas digitais, como sede de exemplo o nosso caso da GOOGLE SEARCH. Contudo o mercado relevante determina-se quer pela substituíbilidade do lado da procura quer pela

⁷³ Vide artigos, disponíveis em: <https://www.tveuropa.pt/noticias/deco-proteste-denuncia-altas-taxas-cobradas-pela-glovo-e-ubereats/>
<https://sol.sapo.pt/artigo/714876/deco-acusa-glovo-e-uber-eats-de-abuso-de-poder-de-mercado>
<https://www.deco.proteste.pt/tecnologia/telemoveis/noticias/ubereats-e-glovo-podem-ter-abusado-de-poder-de-mercado-na-pandemia>
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1> Acórdão do TJ, de 20/12/2017, Proc, C-434/15. (Consultado em 23 de julho, 2021)

⁷⁴ Ferro, Miguel Sousa, *A definição de Mercado Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência – Teoria e Prática*, Almedina, 2015, p.370. Para o autor esta é uma interpretação errónea já que atendendo à leitura da própria Comunicação sobre a definição de Mercados conjuntamente com a jurisprudência e uma leitura harmoniosa dos seus princípios, concluímos apenas que, a substituíbilidade do lado da oferta tem sempre que ser ponderada, sendo esta um elemento essencial, condicionador imediato da concorrência no mercado.

substituibilidade do lado da oferta e na vertente efetiva e/ou como na concorrência potencial.⁷⁵

A definição de mercado constitui um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas. Permite estabelecer o enquadramento no âmbito do qual a Comissão aplica a política de concorrência. O principal objeto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objetivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efetivos das empresas, suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva. É nesta ótica que a definição de mercado permite subsequentemente calcular as quotas de mercado, já entendidas no capítulo I do nosso estudo, o que representa uma informação vantajosa em relação ao poder de mercado para apreciar a existência de uma posição dominante ou para efeitos de aplicação do artigo 85º.

Posto o acima referido, o conceito de mercado relevante é distinto dos outros conceitos de mercado frequentemente utilizados noutros contextos. Por exemplo, as empresas empregam frequentemente o termo mercado para se referirem à área em que vendem os seus produtos ou, em termos gerais, à indústria ou ao setor em que se integram.

A definição de mercado relevante tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica tem muitas vezes uma influência decisiva na apreciação de um processo de concorrência. Ao tornar públicos os processos que aplica para determinar o mercado e ao indicar os critérios e os elementos de apreciação e, que se baseia para adotar a sua decisão, a Comissão pretende reforçar a transparência da sua política e do processo de tomada de decisões no domínio de política da concorrência.

Uma maior transparência contribuirá igualmente para que as empresas e os seus consultores estejam em melhores condições para prever a possibilidade de a Comissão levantar problemas do ponto de vista da concorrência no âmbito de um processo individual. As empresas podem, por conseguinte, ter e, conta esta possibilidade na tomada

⁷⁵ Do ponto de vista económico, para a definição do mercado relevante, a substituição do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31997Y1209%2801%29> (Consultado em, 18 outubro de 2021)

das suas decisões internas quando projetam, por exemplo, a realização de aquisições, a criação de empresas comuns ou a conclusão de determinados acordos. Espera-se igualmente que as empresas se encontrem em melhores condições para compreender as informações que a Comissão considera relevantes para os efeitos da definição de mercado.

Assim, o conceito de mercado relevante está restritamente relacionado com os objetivos prosseguidos ao abrigo da política comunitária da concorrência. Por exemplo, ao abrigo do regulamento comunitário de controlo das operações de concentração, o objetivo do controlo das transformações estruturais na oferta de um produto/serviço é o de impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante em consequência da qual a concorrência efetiva seria entravada de forma significativa numa parte substancial do mercado comum. Ao abrigo do direito comunitário da concorrência, entende-se por posição dominante uma posição mediante a qual uma empresa ou grupos de empresas estariam em condições de atuar em grande medida independentemente dos seus concorrentes, clientes e, em derradeira instância, dos seus consumidores.

Assim aferimos que conforme os casos em análise, podemos concluir que uma posição deste tipo ocorrerá normalmente sempre que uma empresa ou grupo de empresas detivessem uma importante quota da oferta num dado mercado específico.

Estes tipos de empresas estão sujeitos a condicionalismos concorrenciais de três ordens, a saber, a substituíbilidade do lado da procura, a substituíbilidade do lado da oferta e a concorrência potencial. Do ponto de vista económico, e em suma, para a definição do mercado relevante, a substituíbilidade do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um dado produto, em especial no que diz respeito às suas decisões em matéria de preços. Uma empresa ou grupo de empresas não pode influenciar de forma significativa as condições de venda prevalecentes no mercado.

Deste modo, estamos em via de aferir o conceito de posição de domínio.⁷⁶

A posição dominante é um conceito de extensão variável mas que se refere ao poder de uma empresa tem de impor, independentemente dos seus concorrentes, a sua estratégia

⁷⁶ O Tribunal, no Acórdão United Brands, declarou que: “A posição dominante a que se refere este artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permita afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comporta-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.” Caso 27/76, Acórdão United Brands, para.22.

comercial.⁷⁷ Uma quota de mercado significativa indica uma posição dominante, uma vez que resulta, em regra, a possibilidade de exercício do poder de mercado subtraído à influência dos outros agentes económicos, mas existem outros critérios que concorrem na determinação da existência de uma posição dominante tais como o benefício de direitos de licenciamento ou de propriedade industrial, o acesso a capitais ou à titulação ou gestão de infraestruturas essenciais.

Nos termos do artigo 102º do TFUE, como já analisado, e da jurisprudência do Tribunal da Justiça, não é a posição dominante que é censurada, já que pode mesmo revelar-se benéfica ou necessária para o desenvolvimento económico e tecnológico, mas o abuso da mesma. Ainda assim, as empresas em posição dominante têm uma responsabilidade particular na manutenção das condições de mercado e no relacionamento com outros agentes económicos.

3.3.2 Determinação do tipo de abuso

Quanto aos abusos identificados pela Comissão, utilizando o nosso caso (GOOGLE), foi muito controverso. Para Aurelien Portuese:

“Nenhuma infração ou direito da concorrência atual ajudou claramente a Comissão na sua ambição de multar a GOOGLE: apenas o recurso a duvidosos princípios reguladores disfarçados e o equívoco da autopromoção em estratégias orientadas por algoritmos permitiram à Comissão impor uma multa que impede a inovação”⁷⁸

Uma das principais críticas pretende-se com a própria definição de abuso. Na decisão apenas se refere que o favorecimento que a Google dá nas suas páginas de resultados de pesquisa geral, ao posicionamento e à visualização do seu próprio serviço de comparação de preços em detrimento dos serviços concorrentes de comparação de preços, constitui abuso.

Estamos perante aquilo a que se chama “leversging abuse”, como explica essa conduta:

⁷⁷ Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=LV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=LV) (Consultado em 28 outubro de 2021)

⁷⁸ Tradução nossa de: “No current antitrust infringement has clearly helped the Commission in its ambition of fining Google: only recourse to dubious regulatory principles in disguise and the misconception of self-promotion in algorithm-driven strategies have enabled the Commission to impose an innovation-detering fine.” Portuese, Aurelien, *When demotion is Competition: Algorithmic Antitrust Illustrated*, 17 de Janeiro 2018.

- “Desvia o tráfego dos serviços concorrentes de comparação de preços para o serviço de comparação de preços da própria GOOGLE, no sentido em que diminui o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da Google para os serviços concorrentes de comparação de preços e aumenta o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da Google para o seu próprio serviço de comparação de preços;
- É susceptível de ter, ou tem provavelmente, efeitos anti-concorrenciais nos mercados nacionais dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral.”⁷⁹

Como salienta Nazzini⁸⁰, “segundo jurisprudência constante para que a conduta seja abusiva basta inserir-se na proibição geral do artigo 102º, que proíbe qualquer tipo de abuso”.

Akman⁸¹ considera que, por não haver precedente a nível jurisprudencial acerca desde tipo “leveraging abuse”, a Comissão não deveria ter aplicado uma coima à empresa, pois que não está garantido um certo nível de segurança jurídica no sentido em que a empresa não saberia que aquele comportamento era contrário às normas de direito da concorrência. Para além do mais considera que a Comissão não é completamente clara na definição do abuso em causa.

Também podemos aferir quanto ao impedimento aos fabricantes que pretendessem pré-instalar as aplicações da Google, de vender algum dispositivo móvel que funcionasse com versões alternativas do Android não aprovadas pela Google (Ramificações Android e, por conseguinte, impediu que outros criadores de aplicações sucedessem no mercado bem como diminuiu a possibilidade de escolha por parte dos consumidores. Ou seja, restringiu a concorrência.

“(…)a conduta da GOOGLE tem tido um impacto direto nos utilizadores, negando-lhes o acesso de maior inovação e a dispositivos móveis inteligentes baseados em versões alternativas do sistema operativo Android. Por outras palavras, em resultado desta prática,

⁷⁹ Resumo da Decisão da Comissão de 27 de junho 2017. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN) (Consultado em 08, agosto de 2021)

⁸⁰ Tradução nossa de: “The case law makes it clear that, for the conduct to be abusive, it is sufficient that it is caught by the general prohibition of Article 102, which proscribes any abuse, it is sufficient that it is Renato, Google and the (Ever- stretching) Boundaries of Article 102, JECLAP, Vol.6, Issue 5, 2015, pp.305-306.

⁸¹ Akman, Pinar, A preliminary Assessment of the European Commission’s GOOGLE SEARCH Decision, CPI Antitrust Chronicle, Setembro de 2017, p.2.

era a GOOGLE e não os utilizadores, os criadores de aplicações e o mercado que efetivamente determinava quais os sistemas operativos que poderiam prosperar.”

Esta consideração é uma novidade⁸². A GOOGLE alegou que estas restrições eram necessárias para impedir uma fragmentação do ecossistema Android.

Percebemos que sem dúvida, o desenvolvimento de ramificações Android sem controlo pode levar à emergência nomeadamente de falhas na qualidade, compatibilidade entre aplicações. Não obstante a GOOGLE ter apresentado esta justificação, a Comissão considerou não convincente.

3.3.3 Medidas Corretivas

Também as medidas corretivas podem suscitar algumas questões. Como Simonetta afirma, tanto o caso da GOOGLE como o caso da Microsoft.

A autora destaca a necessidade de medidas proporcionais, na medida em que devem ser adequadas a abordar os danos em causa, o que num mercado em que a tecnologia está rapidamente a mudar não é fácil, para além de evidenciar que uma medida corretiva adequada para estes mercados é necessariamente voltada para o futuro. “In this respect, an intrinsic tension may emerge between remedies that are proportionate, or suitable, in the sense that they address the conduct that is found to be illegal, and remedies that are truly effective in restoring competition.”

Outro aspeto que realça pretende-se com a dificuldade que, nomeadamente a Comissão, pode encontrar ao tentar criar mecanismos que garantam não só eficácia contra práticas anticoncorrenciais como também o bem-estar dos consumidores. No mesmo sentido:” In that regard, we urge European competition authorities to consider Whether, on balance, a proposed remedy truly improves social welfare, or merely ameliorates a specific concern at inordinately high cost”.⁸³

De forma exemplificativa, destacamos, que a Comissão ordenou que a GOOGLE cessasse a conduta abusiva e aplicou uma coima (esta tendo em conta a gravidade e duração da infração).

Ora, de fato a Comissão não está obrigada a definir medidas concretas para as empresas seguirem. No entanto, por exemplo no caso GOOGLE SEARCH, a Comissão

⁸² “ I tis the first time that the EU competition enforcer decides that a forking restriction imposed by a dominant undertaking is a stand-alone anticompetitive practice” Vezzoso, Simonetta, Android and Forking Restrictions: On the Hidden Closedness of “Open”, MCLR, Vol.2, Issue 2, outubro 2018, p.30.

⁸³ AA. Vv., Why sound law and economics should guide competition policy in the digital economy- Contribution of ICLE to the European Commission’s inquiry on ‘shaping competition policy in the era of digitisation’, Internacional Center for law&Economics, 30 setembro 2018, p.8.

informou que cabia à GOOGLE a escolha da melhor maneira para cessar o abuso ressalvando apenas que” (...) deverá sujeitar o seu serviço de comparação de preços ao mesmo processo e métodos para o posicionamento e exibição nas suas páginas de resultados de pesquisa genérica que utiliza para os serviços de comparação de preços de concorrentes”.⁸⁴

Partilhamos a perspetiva de Hoppner⁸⁵, no sentido que a medida corretiva foi adequada pois permite à Google liberdade e continuar a inovar ao mesmo tempo em que a obrigação de tratar de igual forma os concorrentes garante a reposição da situação que se vivia antes de a empresa iniciar a conduta abusiva.

No caso GOOGLE ANDROID a Comissão exigiu que “No mínimo, a GOOGLE tem de cessar nos três tipos de práticas e não reincidir em qualquer deles. A decisão exige igualmente que a GOOGLE se abstenha de qualquer medida que tenha um objetivo ou efeitos idênticos ou equivalentes a estas práticas”.⁸⁶

Numa publicação feita no seu blog⁸⁷, a empresa referiu as medidas que iria implementar para cumprir com a decisão da Comissão. Estas passam pela permissão aos fabricantes para licenciarem o conjunto de aplicações da GOOGLE em separado do GOOGLE SEARCH APP e do Chrome, novos acordos para a pré- instalação do GOOGLE SEARCH e do Chrome e ainda uma promessa no sentido de no futuro os parceiros Android que quiserem distribuir aplicações da GOOGLE poderem criar dispositivos não compatíveis ou *forked* para o EEE.

Resumidamente, quanto à questão da adequação destas medidas, consideramos que são proporcionais, mas de fato poderá ser necessário começar a perceber melhor, atendendo nas características destes mercados, como garantir a eficácia das mesmas.

⁸⁴ Tradução nossa de “should subject Google’s own compararison shopping service to the same underlying processes and methods for the positioning and display in Google’s general search results pages as those used for competing comparison shopping services.” Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017, AT. 39740- Google Search (Shopping), parágrafos 699-700.

⁸⁵ Hoppner, Thomas, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google’s Monopoly Leveraging Abuse*, CoRe, 3/2017, pp. 7-11.

⁸⁶ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 18 de julho 2018. Disponível: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_18_4581 (Consultado a 20, agosto de 2021)

⁸⁷ Disponível em: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/complying-ecs-android-decision/> (Consultado a 20, agosto de 2021)

Capítulo IV – Conclusões

A evolução da economia digital trouxe enormes benefícios para a eficiência e inovação. De uma forma geral melhorou a qualidade de vida da população e das empresas, mudando o paradigma tradicional da forma de realizar negócios.

No entanto, originou também preocupações, sobretudo, a nível do direito da concorrência. Verifica-se atualmente que o poder de mercado das grandes empresas e plataformas digitais têm influenciado a tendência para a concentração de empresas, devido à forte economia de escala e efeitos, diretos e indiretos, das plataformas digitais, influenciando, assim, para uma diminuição da concorrência, e, consequentemente do bem-estar dos consumidores.

O papel cada vez mais dominante desde pequeno número de grandes empresas digitais como a Google, Microsoft, Amazon, e a Uber, devido à sua facilidade de acesso a dados, aos seus recursos de análise de dados e à utilização de inteligência artificial, desencadeou uma questão particularmente importante, serão as atuais políticas de concorrência capazes de lidar com esses novos desafios ou se estas necessitam ser alteradas ou complementadas por outras novas normas, ou seja, serão as atuais leis de concorrência ainda capazes de lidar com os desafios da transformação digital.

Neste sentido foram analisados os relatórios do Reino Unido e da União Europeia, que abordam estas questões controversas, relacionadas com a aplicação do direito da concorrência às plataformas digitais.

O Reino Unido ⁸⁸ no seu relatório, numa perspetiva de complementar o controlo tradicional relativamente ao comportamento abusivo destas grandes empresas, vem apresentar com a proposta da criação dum Mercado Único Digital, a criação de regras *ex ante* para a conduta das plataformas. O principal argumento do relatório do Reino Unido é que controle *ex post* não é eficaz no que diz respeito às claras orientações sobre regras de condutas apropriadas para as plataformas digitais e que esse poder regulatório deve ser exercido apenas em empresas e plataformas digitais com um estatuto estratégico de mercado, ou seja, com poder de mercado.

O relatório da UE não é da mesma opinião, considerando que o direito da concorrência atual é flexível o suficiente, na sua generalidade, para lidar com os problemas concorrenciais, sendo que uma das estratégias a adotar deve ser a procura de

⁸⁸ Furmam, Jason; Coyle; Fletcher; Marsden; e McAuley, “Unlocking digital Competition”, Report of the Digital Competition Expert Panel (Reino Unido), março 2019, p.81.

novas teoria de “dano” para uma melhor aplicação das regras de concorrência existentes. Mesmo que seja alterado, o direito da concorrência tradicional, não vai ser capaz de lidar de maneira eficaz com os desafios da economia digital e, portanto, as principais soluções devem ser procuradas fora do direito da concorrência, como por exemplo, através de abordagens regulatórias.⁸⁹

As plataformas digitais tendem a evoluir como verdadeiros conglomerados empresariais⁹⁰ com várias dimensões e abrangendo diferentes áreas ou segmentos de mercado no contexto da economia digital, sendo normalmente caracterizado pelo elevado poder de mercado, que resulta especialmente do chamado efeito de rede.⁹¹

Em sede de conclusão, podemos aferir que segundo Miguel Sousa Ferro, a definição do mercado na jurisprudência da UE, tem ocorrido de forma complexa e por vezes envolve um alto grau de incerteza. Os tribunais tentam evitar a discussão a essa tendência tem-se manifestado de diferentes maneiras, pelo que é importante que haja uma harmonização na abordagem aos casos no que diz respeito à definição de mercado.⁹²

A definição de mercado relevante para plataformas digitais pode ser conduzida com base em métodos tradicionais para definição de mercado relevante, os vários recursos dos mercados em plataformas multilaterais podem ser refletidos na fase de avaliação do poder do mercado dominante. Definir mercado relevante através de grupos de clientes vinculativos não reflete as características das plataformas online, pelo que podem ser adicionadas incertezas quanto à aplicação da lei da concorrência, o mercado relevante deve ser definido pelos grupos de clientes e deve considerar o lado do utilizador.⁹³

Assim podemos aferir, com o estudo dos capítulos anteriores, que os desafios da economia digital são um passo importante na discussão acerca da adaptação das normas de direito da concorrência às novas tecnologias e políticas económicas. Representam, em

⁸⁹ Comissão Europeia, “Competition policy for the digital era”, abril de 2019, p.98.

⁹⁰ Uma fusão de conglomerados é uma fusão entre empresas ativas em mercados intimamente relacionados, mas não concorrentes. Podem envolver o fornecimento de produtos complementares ou produtos que pertencem à mesma gama de produtos. Os efeitos de um conglomerado são que a entidade resultante da fusão poderá alavancar uma forte posição tanto no mercado de determinado produto como no mercado de produtos complementares. Pelo que, essas práticas podem ter um impacto negativo na capacidade de um potencial concorrente competir nesse mercado. A longo prazo, isso pode reduzir a pressão concorrencial sobre a entidade interveniente na fusão e aumentar os preços. De acordo com Shearman & Sterling LLP, in “Conglomerate Effects: Na EU Resurgence?”, agosto de 2019. Disponível em: https://www.shearman.com/perspectives/2019/07/2019-antitrust-report-chapters/conglomerate-effects-an-eu-resurgence?sc_lang=de-DE (Consultado 25, agosto de 2021)

⁹¹ Ligação em rede de vários consumidores e utilizadores das plataformas.

⁹² Ferro, Miguel Sousa, “Judicial Review: Do European Courts Care About Market Definition?”, Journal of European Competition Law & Practice, Issue6, 2015, pp. 26-28. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529419 (consultado em 10 de julho de 2021)

⁹³ Comissão Europeia, “Competition policy for the digital era”, abril de 2019, pp. 98-106.

particular, a recente mudança da opinião da maioria, de uma aplicação da lei da concorrência muito relutante e cautelosa em relação às plataformas digitais/ mercados digitais, que temia interferir demais nos processos inovadores dos mercados digitais, para agora ter ampla convicção de que o poder das grandes empresas e das plataformas digitais pode ter crescido demais e está entrincheirado a tal ponto que, pelo contrário, a concorrência e a inovação em muitos mercado podem ser ameaçadas por esse desenvolvimento.

Capítulo V- Problemas casuísticas do abuso posição dominante nas plataformas tecnológicas

Neste capítulo importa, aferir que a propensão natural é a de considerar que as regras impostas para segurar comportamentos ilícitos de abuso de posição dominante têm forçosamente que ser aplicadas aos problemas e comportamentos da era digital.

Em geral, não se consta que as atuais ferramentas de concorrência de que as autoridades se socorrem em processos, as quais foram criadas numa época analógica, podem e devem ser usadas em ambiente digital.⁹⁴ Porém, esta abordagem comporta, alguns riscos e desafios que importa avaliar. Cremos que a melhor forma de o fazer é seguirmos sequencialmente as etapas que uma investigação de abuso de posição dominante comporta.

O primeiro passo, como já analisado é o identificar e caraterizar os mercados relevantes, E, logo, aqui podemos salientar as especificidades dos modelos de negócio das plataformas tecnológicas, uma vez que, na larga maioria das situações, os serviços que elas disponibilizam aos utilizadores não implicam custo, ou, pelo menos, não implicam um custo que seja monetizado, assentando antes na utilização de dados pessoais como “moeda de troca”.

A fase seguinte de uma investigação de abuso, passa por examinar o poder de mercado. Esta avaliação faz -se tipicamente por via de estimativas de quotas de mercado, que são como já estudado, medidas a partir das percentagens de venda de bens ou serviços. Dado que normalmente as plataformas digitais não recebem dinheiro dos consumidores em troca dos serviços que disponibilizam, não há forma de apurar a sua posição relativa com base na respetiva faturação ou na quantidade de vendas realizadas.

⁹⁴ Luís do Nascimento Ferreira, *Breve Apontamento Sobre os Desafios Das Plataformas Digitais Em Processos de Abuso De Posição Dominante*, Sócio, Morais Leitão.

Assim podemos concluir que esta realidade ilustra que a estrutura concorrencial destes novos mercados terá de ser analisada através de outras perspetivas, que não sejam exclusivamente baseadas em parâmetros de preço. Embora não exista ainda uma metodologia única e suficientemente testada para o fazer, acreditamos que análises alternativas terão de complementar aspetos como a qualidade do serviço, a inovação e ainda, muito importante, os efeitos de rede.

Isto, porque a atratividade das plataformas digitais, é tanto maior quanto maior for o número de aderentes.

As dificuldades que a era digital convoca, ao nível da definição e caracterização dos mercados relevantes e do apuramento do poder de mercado dos seus agentes, tornam-se ainda mais visíveis quando se passa para a última e crucial etapa de abuso de posição dominante, que consiste justamente em averiguar se o comportamento da empresa em causa foi abusivo, designadamente, em Portugal à luz do artigo 102º do TFUE e do artigo 11º da Lei nº 19/2012, de 8 de maio.

Assim é, desde logo, porque a ausência de um “preço” associado ao serviço que é disponibilizado pelas plataformas digitais condiciona a valência de algumas das teorias de dano que são usadas para se escrutinar as condutas das empresas dominantes em moldes tradicionais. Pensamos, por exemplo, nos preços predatórios, nos descontos de fidelização, nos preços excessivos, nas restrições de produção ou na discriminação baseada em fatores quantitativos.

Assim sendo, terá que haver muita ponderação e rigor ao seleccionar as metodologias de análise que melhor permitam captar os reais impactos de concorrência resultantes das big techs.⁹⁵

Tem havido um intenso e alargado debate em torno, da necessidade de uma maior intervenção das autoridades de concorrência. Entendemos que as características destes novos mercados darão azo a um maior surgimento de casos centrados em teorias de danos conglomerais, à medida que as plataformas digitais cruzam e alargam o seu âmbito de atuação a diferentes mercados e criam aquilo que normalmente se designam por ecossistemas digitais. Isto pode acontecer, não só por via das chamadas killer acquisitions, mas também de estratégias de bundling⁹⁶.

⁹⁵ As big techs são grandes empresas de tecnologia que dominam o mercado nos últimos anos.

⁹⁶ Representa uma estratégia de marketing onde se criam conjuntos de produtos/serviços e estes são vendidos como uma unidade combinada, ou seja, na forma de cabaz.

As investigações de abuso da posição dominante, no nosso entender, que envolvam estas indústrias, devem ser conferidas uma atenção particular aos documentos de estratégia das empresas, designadamente, sobre a forma como percecionam o enquadramento e a evolução dos mercados em que atuam.

Destacamos, a importância e a problemática de se começar a impor às empresas dominantes uma obrigação de disponibilizarem os seus dados a concorrentes atuais ou potenciais. Também nos parece que a hipótese de abertura obrigatória das bases de dados pode facilmente dar origem a vários inconvenientes, porventura até superiores aos que se pretendem resolver. Existe um risco de colusão entre concorrentes. Se as maiores empresas forem forçadas a disponibilizar os seus dados através de esquemas de portabilidade ou interoperabilidade, isso pode levar a uma atenuação da concorrência, à customização da oferta e, em uma última instância, ao alinhamento de comportamentos.

Há o risco de se prejudicar a inovação, se os incentivos de entrada e expensão no mercado não forem adequadamente protegidos. As empresas maiores tenderão a influenciar os padrões de acesso e disponibilização de dados, a medida pode acabar por funcionar como uma barreira à entrada, que é precisamente o que se quer prevenir.

Julgamos que as autoridades, tal como no entender de Luís do Nascimento Ferreira, que as autoridades de concorrência não são as entidades mais bem posicionadas para impor e monitorizar uma obrigação de acesso a dados.

Toda a problemática que acabamos de manifestar tornam-se mais densos, quando, como tem ocorrido, se apela a uma maior intervenção do direito da concorrência para lidar com os potenciais perigos da economia digital sob a veste dos abusos exploratórios de posição dominante.

A nosso ver, têm de começar a existir uma abordagem prudente, pois esta é uma área em que há probabilidade de erros de análise, que posteriormente, conduzem a falsos negativos ou falsos positivos. Pensamos que a solução terá de ser num maior apelo à regulação e à autorregulação para lidar com as falhas da indústria digital.

Conclusão

A evolução da economia digital trouxe enormes benefícios para a eficiência e inovação, permitiu inúmeras vantagens, ao nível do comércio, da educação, do entretenimento, entre outros. De uma forma geral, melhorou a qualidade de vida da população e das empresas.

No entanto, originou também preocupações, sobretudo, a nível do direito da concorrência. Verifica-se atualmente que o poder de mercado das grandes empresas e plataformas tecnológicas têm influenciado a tendência para a concentração de empresas, devido à forte economia de escala e efeitos, diretos e indiretos, das plataformas tecnológicas, influenciado, assim, para uma diminuição da concorrência e, consequentemente do bem-estar dos consumidores.

Podemos concluir que o papel cada vez mais dominante desde pequeno número de grandes empresas digitais, como a Google, Microsoft, Amazon e a Uber, devido à sua facilidade de acesso a dados, aos seus recursos de análise de dados, desencadeou uma questão particularmente importante, serão as atuais políticas de concorrência capazes de lidar com esses novos desafios ou se estas necessitam ser alteradas ou complementadas por outras normas, ou seja, serão as atuais leis da concorrência ainda capazes de lidar com os desafios da transformação digital.

Os desafios da economia digital são um passo importante na discussão acerca da adaptação das normas de direito da concorrência às novas tecnologias e políticas económicas. Representam, em particular, a recente mudança da opinião da maioria, de uma aplicação da lei da concorrência muito relutante e cautelosa em relação aos mercados digitais.

A questão de saber se o atual direito da concorrência está à altura da tarefa desse desafio foi respondida pelos relatórios, da União Europeia e do Reino Unido de diferentes maneiras, mas nenhum deles nega a existência de um grande desafio. Neste sentido, consideram que deve ser favorecida uma abordagem experimental de novas teorias de danos assim como o desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos e políticos. Num mundo em rápida mudança e com grande incerteza sobre quais devem ser as regras apropriadas para os mercados, a aplicação de soluções jurídicas e regulatórias diferentes, inovadoras e a aprendizagem dessas experiências podem ser consideradas uma estratégia racional para os legisladores.

No entanto, a ideia é adaptar a estrutura das normas jurídicas e dos regimes regulatórios às novas condições tecnológicas e económicas da economia digital.

Contudo, podemos concluir que resulta claro que o regime jurídico da concorrência em Portugal é fortemente influenciado pelo direito comunitário, havendo uma reduzida margem de liberdade e de inovação para o legislador nacional, seja de Portugal ou de qualquer outro Estado- Membro.

Este fato decorre, em grande parte, do próprio sentido do regime europeu e o seu pressuposto na constituição do mercado único europeu, que preveem e atendem na aproximação e congruência entre a aplicação das mesmas regras a nível nacional e europeu, de modo a não se comprometer o normal funcionamento do mercado interno. Exemplo desta similitude é o caso das disposições legais do TFUE e da Lei nacional da concorrência que identificam o abuso de posição dominante, em termos materiais nada divergentes.

Concluimos e ficou bem patente nesta investigação que aplicação da temática das plataformas tecnológicas apenas é possível após um correto enquadramento do tema face ao abuso da posição dominante, sendo assim necessário um total conhecimento deste ilícito concorrencial, bem como todas as suas especificidades, uma vez que serão aplicáveis concretamente a cada forma e comportamento de abuso de posição de domínio no mercado. Lembre-se que a mera detenção de uma posição de domínio não é ilícita, o que resulta em ilícito será o abuso dessa posição para obter vantagens competitivas não justificadas prejudicando assim o mercado no seu todo e em consequência, outros concorrentes e os consumidores como podemos verificar com o estudo dos casos de violação do mesmo.

No âmbito desta investigação verificou-se a elevada importância de delimitar o mercado do produto e o mercado geográfico relevante, pois estes fatores são decisivos para a análise de casos de abuso de posição dominante. Apenas com um mercado bem definido é possível avaliar com precisão a posição da entidade no mercado e o seu poder de influenciar a estrutura do mesmo. As decisões tomadas pela Autoridade da Concorrência estão bastante comprometidas devido a este fator. Quanto melhor a definição do mercado, mais fiável e benéfica, tanto para o consumidor como para os participantes no mercado.

A noção de posição dominante é relativa. Ela só tem sentido uma vez definido, em concreto, o mercado a que respeita, ou seja, aquilo que se designa normalmente como mercado relevante ou mercado, como podemos verificar no nosso estudo. Num mercado relevante de grande amplitude, as posições dominantes serão difíceis de encontrar. Pelo

contrário, num mercado relevante restritivo, mesmo empresas de dimensão média poderão deter uma posição dominante.

Assim ficou bem claro, que se defina posição dominante como um poder económico, isto é, como a faculdade de exercer sobre o funcionamento do mercado dominante. Esta definição, em termos de comportamento no mercado, foi mais tarde precisada numa decisão ocorrida no processo *continental can*, no sentido de se esclarecer que estão em posição dominante aquelas empresas que têm a possibilidade de assumir comportamentos independentes, que as habilitam a atuar sem ter em conta os concorrentes, os compradores ou os fornecedores.⁹⁷

⁹⁷ Decisão de 9.12.1971(JO,L7, de 8.1.1972). Cf.o Acórdão do TJCE, de 21.2.1973, proc.6/72,in J. Boulouis et al., ob.cit., P.234 e ss.

Referências Bibliográficas

Akman, Pinar, *The concept of abuse in EU competition law: law and economic approaches*, Oxford, 2015.

Azevedo, Maria Eduarda, *Temas de Direito da Economia*, Almedina, Lisboa, 2013.

Autoridade da Concorrência Portuguesa, *Ecossistemas digitais, Big Data e Algoritmos*, julho 2019.

A. Xavier, *Subsídios para uma lei de defesa da concorrência*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 138, Lisboa:DGCI, 1970.

Bahamonde, Ruben, *Antitrust Compliance*, Compliance, Perspectivas e Novas Dinâmicas, Pires, A.S., Do Rosário, P., Bahamonde R. (Coor.), Almedina, Coimbra, 2019.

Bahamonde, Ruben, *Competencia y Plataformas Digitales en Portugal*. In *Competencia en mercados digitales y sectores regulados*. Tirant to Bland, 2021.

Bidarra, Ana, *O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência: O caso Facebook/WhatsApp e o Controlo de Concentrações na União Europeia*, Tese de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

Canotilho, José Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Vol.I, 4ª edição, 2007

Caramelo Gomes, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, 2010.

Comunicação da Comissão- *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009.

Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, 2009.

Direito da Concorrência e Big Data, Revista de Concorrência e Regulação, Ano VIII, nº.29, janeiro-março, 2017

FERRARA JUNIOR, apud F. CORREIA, *Propriedade industrial, registo do nome do estabelecimento, concorrência desleal*, Revista de Direito e Estudos Sociais, ano VI, 1-3.

- Faul and Nikpay, *The EU Law of Competition*, (3rd ed.), Oxford University Press, 2014.
- Ferro, Miguel Sousa, “judicial Review: Do European Courts Care About Market Definition?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Issue 6, 2015.
- Ferro, Miguel Sousa, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência: Teoria e Prática*, Coimbra, Almedina, 2015.
- Furman, Jason; Coyle; Fletcher; Marsden; e McAuley, *Unlocking digital Competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel (Reino Unido), março 2019.
- Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, 2012.
- Hoppner, Thomas, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google’s Monopoly Leveraging Abuse*, CoRe, 3/2017.
- Lévêque, François, *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*, 2005.
- Marques, Maria Manuel Leitão; Almeida, João Paulo Simões de; Forte, André Matos, *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Moncada, Luís S.Cabral de, *Direito Económico*, 6^o Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- MARTÍ MIRAVALLS, J., “Las subastas electrónicas por entidades especializadas como plataformas digitales: un análisis concurrencial”, *La Ley Mercantil* n° 73, outubro 2020.
- Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009.
- Santos, António Carlos dos, Gonçalves, Maria Eduarda, Marques, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 7^o Ed., Almedina, Coimbra/Lisboa, 2014.
- Santos dos Dora Cristina Gonçalves, *O Abuso de Posição Dominante*, Trabalho Projeto, Mestrado em Economia Especialização em Economia Industrial, junho 2014.
- Silva, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010.
- Silva, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.
- Utton, Michael A., *Market dominance and antitrust policy*, second edition, Edward Elgar Publishing Ltd, 2005.

Wish, Ricard; Bailey, David- *Competition Law*, Oxford, 2012.

W.M. e Posner, R.A., Market Power in Antitrust Cases, *Harvard Law Review* (94), 1981.