



Ana Beatriz Silva Alves

**Implicações das Plataformas Digitais na Concorrência:
o poder de mercado das plataformas digitais e o direito da
concorrência da UE**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito e Gestão

Orientador:

Doutor Lúcio Tomé Feteira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2020

Ana Beatriz Silva Alves

**Implicações das Plataformas Digitais na Concorrência:
o poder de mercado das plataformas digitais e o direito da
concorrência da UE**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito e Gestão

Orientador:

Doutor Lúcio Tomé Feteira

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2020

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e de minha exclusiva autoria, com as citações corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Ana Beatriz Silva Alves

8 de setembro de 2020

AGRADECIMENTOS

Depois de um longo caminho de trabalho, estudo e dedicação, quero agradecer a todos aqueles que me acompanharam nesta grande etapa da minha vida.

Em primeiro lugar, um agradecimento ao Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, por aceitar orientar-me e por toda a sua disponibilidade e aconselhamento ao longo da realização desta dissertação.

Em segundo lugar agradeço aos meus familiares mais próximos, por me terem apoiado em mais um capítulo da minha vida, acompanhando-me desde a licenciatura até a conclusão do mestrado.

Um especial, agradecimento há minha mãe por todo o apoio e disponibilidade prestados e pelas suas críticas atentas e construtivas durante todo o processo.

Em terceiro lugar, mas não menos importante, a todos os meus amigos que me apoiaram e incentivaram a cumprir os objetivos.

MODO DE CITAÇÃO E OUTROS ESCLARECIMENTOS

Os títulos de monografias e publicações são citados da seguinte forma: nome do autor, título da obra, edição, local, editora, ano, *link* associado e página.

Os textos em língua estrangeira foram traduzidos para a língua portuguesa. A tradução dos mesmos é da responsabilidade do autor.

As expressões ou palavras de língua estrangeira são apresentadas em itálico.

As abreviaturas utilizadas têm o significado referido na lista de abreviaturas.

A presente dissertação foi escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico.

LISTA DE ABREVIATURAS

Al. - Alínea

Art. – Artigo

I&D – Innovation and Development [Inovação e Desenvolvimento]

MFN's - Most Favored Nation [Cláusula de Nação Mais Favorecida]

MSP – Multi-sided platforms [Plataformas multilaterais]

P2B – Platform to Business [Plataforma para negócios]

RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados

TFUE – Tratado do Funcionamento da União Europeia

TG – Tribunal Geral da União Europeia

TJ – Tribunal da Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

UK – United Kingdom [Reino Unido]

Resumo

Nos últimos anos temos assistido a uma grande inovação e evolução tecnológica e digital e, conseqüentemente, ao incremento da influência destas nos mercados e na economia. O rápido crescimento da economia digital, impulsionado pelo surgimento e expansão de plataformas digitais, tem criado incessantemente novos desafios para a(s) autoridade(s) da concorrência.

Neste contexto, as plataformas digitais ganharam uma importância extrema na economia mundial e no cotidiano dos consumidores da qual resultou o surgimento de novos desafios para as políticas e leis da concorrência no que respeita à definição de métodos e à revisão da legislação para controle e regulação dos seus comportamentos.

A presente dissertação procura explorar a temática das consequências das plataformas digitais no direito da concorrência, analisando as suas características distintivas e questionando a forma como a lei e as políticas concorrenciais estão a ser interpretadas e aplicadas.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência; Economia; Mercados Digitais; Plataformas Digitais.

Abstract

In recent years, there has been a tremendous technological and digital development and innovation that, consequently, led to its increasing influence on markets and economy. The fast growth of the digital economy, driven by the appearance and expansion of digital platforms, has continuously created new challenges for competition agencies.

In this context, digital platforms have gained extreme importance in the world economy and in the consumers daily life, resulting in the emergence of new challenges for competitive policies and laws regarding the definition of methods and the revision of legislation to regulate and control the way they behave.

This dissertation seeks to explore the theme of consequences of digital platforms in Competition Law, analyzing their distinctive characteristics and questioning how law and competitive policies are being interpreted and enforced.

Key-Words: Competition law; Economy; Digital Markets; Digital Platforms.

Introdução

No novo milénio, a economia digital tem sofrido grandes transformações devido maioritariamente ao surgimento e expansão das plataformas digitais.

A Comissão Europeia define uma plataforma digital como uma empresa que opera num mercado com dois ou mais lados (*two-sided/multi-sided markets*) e utiliza a internet para permitir interações entre dois ou mais grupos de utilizadores distintos, mas independentes entre si, de modo a gerar valor para pelo menos um dos grupos¹. Para além disto, estas também são definidas como intermediárias no acesso a informação, conteúdos, serviços ou bens, geralmente publicados ou fornecidos por terceiros.

As plataformas digitais têm ganho uma importância extrema na economia mundial ao fornecerem estruturas digitais para uma variedade de serviços. Atualmente, as grandes empresas digitais possuem posições fortes em vários mercados a nível mundial. Exemplos disto são: a Google, como principal meio de acesso a informação e conteúdos pela Internet (mercado de motores de busca); o Facebook, como principal meio de comunicação e conexão entre pessoas (mercado das redes sociais); e a Amazon, como principal plataforma de compra de produtos online (mercado e-commerce).

Estas empresas digitais têm vindo a beneficiar e facilitar o dia-a-dia dos consumidores em termos de comunicação, acesso a informação e transações, aumentando as escolhas disponíveis e facilitando o processo de distribuição de bens e serviços. Consequentemente, estas empresas ganham, rapidamente, uma notória dominância de mercados, afetando os mercados de forma inovadora e criando desafios para a aplicação da lei da concorrência.

Uma grande parte da concorrência nos mercados digitais ocorre pela inovação, com o surgimento de novas plataformas, com características inovadoras e processos e formas únicas de uso da tecnologia, ou seja, estes mercados são caracterizados pela sua inovação constante, perturbando, modificando e impulsionando tudo o que os envolve.

Uma vez que existe sempre espaço para evolução e desenvolvimento, as empresas dominantes estão, também elas, constantemente ameaçadas pela criação de novos produtos e serviços que as ultrapassem. Isto pode ser visto em setores como: retalho (Amazon); transportes (Uber); serviços hoteleiros/de hospedagem

¹ Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>, p.5

(Booking, Airbnb); produção e fornecimento de series e filmes (Netflix), entre outros.

A inovação tecnológica desafia posições dominantes no mercado ou mesmo monopólios, criando e estabelecendo novos mercados em curtos períodos de tempo. Ao introduzir novos produtos, serviços e modelos de negócio, dá-se a sua ingerência nos mercados tradicionais, o que vai certamente abalar empresas dominantes em diversos setores, podendo até, em certos casos, levar à eliminação das mesmas por falta de capacidade de acompanhar esta evolução tecnológica avassaladora. Desta forma, criam-se novos mercados, mas, simultaneamente, contribui-se para o desaparecimento de outros.

Vários fatores ajudam a entender o rápido crescimento destas empresas e o seu ganho de dominância nos mercados. Estes fatores são: a existência de múltiplos grupos de utilizadores nos mercados, tanto do lado da procura como da oferta, (*multi-sided markets*); a presença de efeitos de rede; a coleta e armazenamento de volumes gigantes de informação (*big data*); as possibilidades de *multi-homing*; os investimentos focados no crescimento e não no lucro; a inovação constante e a compra/fusão de concorrentes por empresas dominantes, tal como a compra/fusão de empresas de setores complementares ou ligados ao seu negócio principal.

Estas características não são por si novas para a lei da concorrência, mas a sua conjugação e especificidades na economia digital criam desafios para as autoridades da concorrência. Grande parte destes mercados tem uma dimensão global com uma natureza virtual, diferenciando-se dos mercados tradicionais ligados a uma existência física e restringidos por custos de localização e transportes. As barreiras geográficas tornam-se largamente irrelevantes nos mercados digitais e os problemas de congestionamento deixam de existir. É assim necessária uma visão global destas empresas e uma aplicação da lei da concorrência a nível internacional.

O direito da concorrência visa proteger os interesses dos consumidores, não só assegurando um funcionamento eficiente do processo concorrencial, mas também tentando eliminar comportamentos que o perturbem². Ora o direito da concorrência tem sido indicado quer para reagir às mudanças constantes dos diferentes mercados e às diferentes formas como os mesmos, de acordo com as suas especificidades, entram em ação, quer para determinar e sancionar comportamentos que afetem a eficiência da concorrência, ou práticas de abuso de posições de poder.

Com o ganho de poder de mercado a nível mundial, novas práticas anticoncorrenciais e de abuso de posição dominante surgem, e com isto, aumenta

² WHISH, Richard, BAILEY, David, Competition law, Oxford, 2015, p.20

a necessidade de intervenção das autoridades da concorrência a fim de solucionar estes fenómenos de forma eficiente. A definição do mercado relevante e do poder de mercado devem assim, ser cuidadosamente reapreciadas, tendo em conta estas novas características, sendo que as formas tradicionais de análise podem levar a resultados que não refletem a realidade.

Com tudo isto, torna-se necessária uma reinterpretação da forma como se aplicam as políticas e leis concorrenciais. A maior parte da doutrina concorda que as regras da concorrência vigentes são suficientes, em termos gerais, para resolver os novos desafios que surgem com a era digital. Na mesma ideia, Margrethe Vestäger, (Comissária Europeia para a Concorrência) referiu que em várias ocasiões, a lei da concorrência é flexível e criada de forma a adaptar-se a novas realidades.³ A flexibilidade das normas é particularmente forte na lei da concorrência, contendo regras amplas, abertas e gerais, que permitem abordar o fenómeno da era digital, as posições de poder e conflitos específicos que podem ser independentemente regulados, como o caso da *data*.

A evolução digital pede um pensamento não convencional e analítico, tal como uma atualização constante das políticas que com ela se relacionam. Em certas práticas surge a necessidade de uma regulação *ex-ante*, pelo facto de as ferramentas tradicionais do direito da concorrência não serem suficientes para o controlo do domínio dos mercados por parte das empresas e para o impedimento do abuso de poder por parte destas.

A economia digital necessita uma análise adaptada e pormenorizada que permita um acompanhamento eficaz das questões concorrenciais suscitadas pela inovação e avanço tecnológico.

Tomando em consideração o acima exposto, iniciaremos este estudo com uma análise dos mercados digitais e das suas características, relacionando as mesmas com as noções de *definição de mercado* e *poder de mercado*. Seguidamente analisaremos diferentes tipos de abusos de posição dominante dentro dos mercados digitais fazendo menção a casos decididos pelas autoridades competentes, como forma de exemplo. Por fim, no último capítulo desta investigação, procuraremos analisar as formas como o direito poderá reagir a estes mercados, apresentando a este propósito, algumas abordagens que têm vindo a ser tomadas por quem de direito.

³ VILAÇA, José Luís da Cruz, Challenges to the Judiciary in the Enforcement of Competition Rules in the Digital Age, Revista da Concorrência e Regulação, nº36, p.194

I. Mercados Concorrenciais

1.1. O Mercado Relevante

1.1.1. Noções introdutórias

O direito da concorrência visa salvaguardar a liberdade concorrencial, regulando os mercados. Não tem por objeto definir condutas de empresas, mas sim estabelecer limites, dentro de uma lógica de preservação da liberdade concorrencial.

O direito da concorrência da União Europeia tem um carácter fortemente económico. Este direito pretende preservar o mercado interno, a eficiência dos mercados e a liberdade económica, de forma a possibilitar os melhores resultados para os consumidores. O direito da concorrência atua sobre “mercados” e destina-se às empresas⁴ que criem obstáculos aos seus objetivos e restrinjam a concorrência.

O mercado é baseado numa realidade, num exercício factual e empírico de análise caso a caso. Para análises jurídicas da lei da concorrência, o mercado designa-se como “mercado relevante” e representa relações de concorrência efetiva entre produtos ou serviços permutáveis. A definição do mercado relevante visa identificar os produtos substitutos entre si que sejam capazes de exercer pressão no comportamento das empresas.⁵ Define-se assim, por uma interação entre a oferta e a procura de um bem ou serviço, e dos respetivos agentes económicos.

Ora, definir um mercado relevante tem por objetivo identificar os concorrentes/rivais das empresas, cujos comportamentos as afetam, restringindo ou criando impedimentos à sua atuação, isto independentemente de uma pressão concorrencial efetiva. De forma simples, a definição do mercado relevante tem como fim “identificar, de uma forma sistemática, os condicionalismos concorrenciais que as empresas têm de enfrentar”⁶.

A definição de um mercado relevante é uma ferramenta de análise que assiste na determinação de restrições concorrenciais ao fornecer um *framework* para identificação de poder de mercado e medição do impacto de efeitos anticoncorrenciais decorrentes de uma determinada prática⁷.

⁴ O acórdão referente ao caso Compass-Datenbank define empresa como “qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento (...) constitui uma atividade económica qualquer atividade que consista em oferecer bens ou serviços num dado mercado” – Ac. do T.J. (Terceira Secção) de 12 de julho de 2012, Compass-Datenbank GmbH, C-138/11, EU:C:2012:449, parágrafo 35

⁵ JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh, EU Competition Law – Text, Cases and Materials, 7.ª edição, Oxford, 2019, p.100 e 101

⁶ Comunicado da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03), parágrafo 2

⁷ WHISH, Richard, BAILEY, David, Competition law, Oxford, 2015, p.28

A definição do mercado relevante ajuda a entender os comportamentos das empresas e os contornos da concorrência à volta das suas práticas. Em alguns casos as características distintas das plataformas digitais são irrelevantes, mas noutros, são essenciais para a definição do mercado.

Dependendo dos exatos limites de um mercado relevante, uma operação de concentração de empresas, ou um acordo entre estas, tendo em conta as suas práticas, pode dar (ou não) origem à criação de uma posição dominante, afetando de alguma forma, a concorrência no mercado, levando inclusive, à sua diminuição substancial⁸. Assim sendo a determinação do mercado relevante torna-se essencial para o exercício e intervenção do direito e da política da concorrência.

Quando existe um desvio concorrencial, este é considerado uma falha de mercado. Uma falha de mercado é definida a partir de um padrão de comparação: o do mercado em concorrência perfeita. A teoria da concorrência perfeita apresenta um modelo considerado o “ideal”, onde a eficiência é maximizada e não pode ser melhorada pela aplicação de regras concorrenciais. Nestes mercados existe um grande número de vendedores e compradores, onde todos estão perfeitamente informados sobre as condições do mercado, os produtos são homogêneos, não existe barreiras à entrada ou saída do mercado e onde a oferta e a procura estão em perfeito equilíbrio⁹. Do lado oposto do espectro estamos perante um monopólio. Um monopólio é um mercado onde apenas existe uma empresa que controla a oferta do mesmo¹⁰.

Na realidade a concorrência perfeita é inexistente. O modelo de concorrência perfeita é apenas isso, um modelo. É pouco provável que um número infinito de empresas operem com custos idênticos, que os produtores não beneficiem de economias de escala e que os vendedores e compradores tenham perfeita e completa informação sobre o mercado. Assim, maior parte dos mercados encontram-se entre a concorrência perfeita e monopólios. Os mercados reais são sempre imperfeitos e a simples verificação de um desvio concorrencial não é motivo para a intervenção do direito da concorrência¹¹. O modelo da concorrência perfeita é, assim, um ponto de partida útil para análise dos mercados reais.

⁸ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012

⁹ JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7ª edição, Oxford, 2019, p.7

¹⁰ JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7ª edição, Oxford, 2019, p.9

¹¹ JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7ª edição, Oxford, 2019, p.11

1.1.2. Definição do mercado relevante

O mercado relevante define-se tendo como base três elementos, ou dizendo de outra forma, a partir da conjugação de três perspetivas distintas: Dimensão do produto, dimensão geográfica e dimensão temporal¹².

O ponto de partida do processo de definição de mercado é a identificação do produto e serviço da empresa em questão, ou seja, o produto/serviço principal. O mercado é depois definido tendo em conta os produtos e/ou serviços substitutos do lado da procura, definindo os concorrentes do mercado¹³.

Tradicionalmente, o mercado relevante de um produto é definido como compreendendo todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido a “caraterísticas, preços e utilização pretendida”¹⁴. Os produtos e/ou serviços considerados substitutos são aqueles que os compradores consideram como alternativos, que têm caraterísticas que os aproximam e são funcionalmente aptos de satisfazer as mesmas necessidades (a mesma utilização pretendida)¹⁵, sendo que o seu preço não tem de ser necessariamente idêntico. Para além disto, um produto e/ou serviço pode ser considerado substituto do lado da oferta quando “os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos”¹⁶.

É aqui que surge o primeiro desafio na definição de mercados digitais devido à sua caraterística de mercados bilaterais ou multilaterais. Determinar o número de mercados relevantes nestes casos torna-se essencial, tendo em conta o nível de dependência entre a plataforma e os grupos de utilizadores entre si.

O mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, de as condições concorrenciais serem consideravelmente diferentes nessas áreas¹⁷.

Ora, em termos de espaço geográfico, e na identificação de concorrentes capazes de condicionar o comportamento concorrencial da empresa em causa, nos mercados digitais estamos, muitas vezes, perante mercados globais/mundiais, não

¹² Comunicado da Comissão (97/C 372/03)

¹³ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 41, No. 3, 2018, p.5

¹⁴ Comunicado da Comissão (97/C 372/03), parágrafo 9

¹⁵ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012

¹⁶ Comunicado da Comissão (97/C 372/03), parágrafo 20

¹⁷ Comunicado da Comissão (97/C 372/03), parágrafo 8

existindo assim uma limitação do mercado tendo em conta a análise geográfica. As grandes plataformas digitais rejeitam o aspeto territorial da lei, sendo muitas vezes os mercados delimitados sobre grandes áreas geográficas.

Outro ponto de dimensão do mercado que pode ser importante é o mercado temporal. A definição de um mercado é feita num período de referência específico. O fator temporal pode afetar o mercado, especialmente nos mercados digitais. Exemplos disto são: os serviços prestados em horas de ponta e serviços prestados fora de hora de ponta; os mercados sazonais que variam com as estações do ano e a inovação, como o adiamento da compra de um produto, a fim de o adquirir posteriormente numa versão mais avançada tecnologicamente¹⁸. A inovação constante dos mercados digitais destabiliza posições de poder de mercado, criando muitas vezes novos mercados e eliminando outros.

Relativamente aos mercados digitais e aos mercados onde plataformas digitais se inserem é necessário, em primeiro lugar, delimitar o número de mercados a definir. Ao definir um mercado relevante de uma plataforma online é essencial estabelecer se a relação entre esta e os respetivos grupos de utilizadores são considerados um mercado singular ou mercados separados. Depois disto, os mercados devem ser determinados com base na substituíbilidade entre concorrentes. Este processo requer a análise de várias características distintivas que separam os mercados das plataformas online dos outros¹⁹.

1.2. Mercados Digitais

1.2.1. Breves Considerações

A concorrência digital difere dos mercados tradicionais em certos aspetos, um dos principais é o facto deste setor frequentemente incluir modelos de negócio baseados no formato de “plataforma”.

Segundo a Comissão Europeia, uma plataforma digital é definida como uma empresa intermediária, que opera num mercado com dois ou mais grupos de utilizadores independentes entre si e que utiliza a internet para permitir interações entre esses dois ou mais grupos, de modo a gerar valor para pelo menos um deles²⁰.

As plataformas digitais estão presentes em vários setores como *marketplaces* online, redes sociais, motores de busca, lojas de aplicativos, sites de comparação de preços, entre outros. Permitem acesso a informação, bens e serviços mais

¹⁸ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.527

¹⁹ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 41, No. 3, 2018

²⁰ Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>, p.5

facilmente, aumentando as escolhas dos consumidores, criando benefícios para os mesmos no seu quotidiano, melhorando a concorrência e as eficiências de mercado.

Ao contrário de muitos setores económicos, a economia digital distingue-se pela intensidade e dimensão das suas características chave. As plataformas digitais distinguem-se assim pela necessidade de altos investimentos iniciais, pelo rápido progresso tecnológico e inovação, por operarem em mercados bilaterais ou multilaterais, apresentarem significativos efeitos de rede e consideráveis economias de escala e pela qualidade e quantidade de informação recolhida e armazenada. Estas características criam um conjunto de vantagens e incentivos que definem o sector.

1.2.2. Características das Plataformas Digitais

1.2.2.1 “Multi-sided markets”

Na área digital definir as fronteiras dos mercados não é tão claro como nos mercados tradicionais. Os mercados digitais sofrem mudanças muito frequentemente em termos de substituíbilidade dos seus produtos/serviços com a rápida inovação tecnológica (fator temporal da definição de mercado).

A definição dos mercados digitais complica-se pelo facto das plataformas digitais serem definidas como *two-sided* ou mesmo, *multi-sided*, ou seja, nestes casos, existe uma interdependência entre “lados” distintos do mercado. As plataformas digitais caracterizam-se por conectarem dois ou mais grupos distintos de utilizadores, cuja utilização por uma das partes causa impacto direto sobre a outra parte. Ou seja, a procura que uma das partes do mercado tem sobre o produto ou serviço é complementar à procura que a outra parte possui sobre esse mesmo produto ou serviço²¹.

Podem definir-se *two-sided markets*, ou mercados bilaterais, como mercados onde dois grupos distintos de consumidores interagem através de uma plataforma, existindo “uma externalidade entre os dois grupos de consumidores, que resulta numa maior (ou menor) atratividade da plataforma para os consumidores de um dos lados em função do número de consumidores no outro” ²². Exemplos de plataformas digitais com dois lados de mercado são os motores de busca (Google), empresas de videojogos (Nintendo e Playstation), e *marketplaces* (eBay e Amazon). Os mercados bilaterais são normalmente compostos por um lado de

²¹ FERRARI, Lucas Saretta, Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15 p.249

²² Autoridade da concorrência, Linhas de Orientação para a Análise Económica de Operações de Concentração, p.35

utilizadores subsidiários e um lado de utilizadores que criam lucro para a plataforma.

Jean-Charles Rochet e Jean Tirole²³ usam o termo *two-sided markets* para referir situações em que os negócios se dirigem a dois grupos distintos de clientes, dependentes entre si um do outro. Estes autores argumentam que um mercado é *two-sided* se a plataforma ao aumentar o preço de um lado e reduzir o preço do outro de forma igual, afeta o seu volume de transações²⁴, em outras palavras, é uma plataforma bilateral se a estrutura do preço e balanço de interesses de ambos os lados forem essenciais para o lucro da empresa.

Não é fácil encontrar uma definição de *multi-sided platforms* que não seja demasiado inclusiva ou demasiado vaga para ser utilizada. Todavia, é possível identificar alguns traços comuns nas definições existentes, como a importância dos efeitos de rede e do cruzamento entre os grupos de utilizadores. Em regra, existem duas características base que definem plataformas multilaterais: interação direta entre dois ou mais grupos distintos e a afiliação de cada lado à plataforma que os une (*affiliation to the platform*)²⁵.

De forma simples, interação direta refere-se a dois ou mais lados distintos da plataforma comunicarem diretamente um com o outro, sem intervenção de terceiros. Os utilizadores da plataforma, de ambos os lados, têm o controlo sobre as regras-chave da interação, contrário a um controlo do intermediário. Se a interação envolve transações, as regras-chave poderão, por exemplo, ser referentes a preço, marketing, entrega de produtos e serviços, a natureza e qualidade dos mesmos, termos e condições, etc.²⁶.

A afiliação à plataforma refere-se aos investimentos conscientes e específicos feitos na mesma, pelos utilizadores em cada lado, necessários para a interação direta entre si. O investimento pode ser uma taxa de acesso fixada (compra de uma consola de videojogos com interesse a adquirir jogos), despesa de recursos (tempo e dinheiro para aprender como se desenvolvem aplicações em *smartphones*) ou custos de oportunidade (assinar um contrato de lealdade a programas)²⁷.

A interdependência entre grupos cria um efeito de cruzamento entre estes que ocorre quando o benefício dos utilizadores de pelo menos um lado (lado A)

²³ ROCHET, Jean-Charles, TIROLE, Jean, Two-Sided Markets: A Progress Report, RAND J. Econ., vol.37, nº3, 2006, p. 664 e 665

²⁴ EVANS, David S., PLATFORM ECONOMICS: Essays on Multi-Sided Businesses, Competition Policy International, 2011, p.4

²⁵ ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa, p.14

²⁶ HAGIU, Andrei, WRIGHT, Julian, Multi-Sided Platforms, International Journal of Industrial Organization, Vol. 43, 2015, p.5

²⁷ Idem.

depende do número de utilizadores do outro (lado B). Os efeitos de rede indiretos (tema desenvolvido infra em 1.2.2.2.) aumentam quando ambos os lados se cruzam, existindo benefícios tanto para o lado A, como para o lado B, derivados do grupo contrário. Neste caso, o benefício dos utilizadores do lado A depende do número de participantes do lado B, que por sua vez, depende do número de participantes do lado A, logo, o lado A depende indiretamente de si²⁸.

Figure 1: MSPs vs. alternative business models

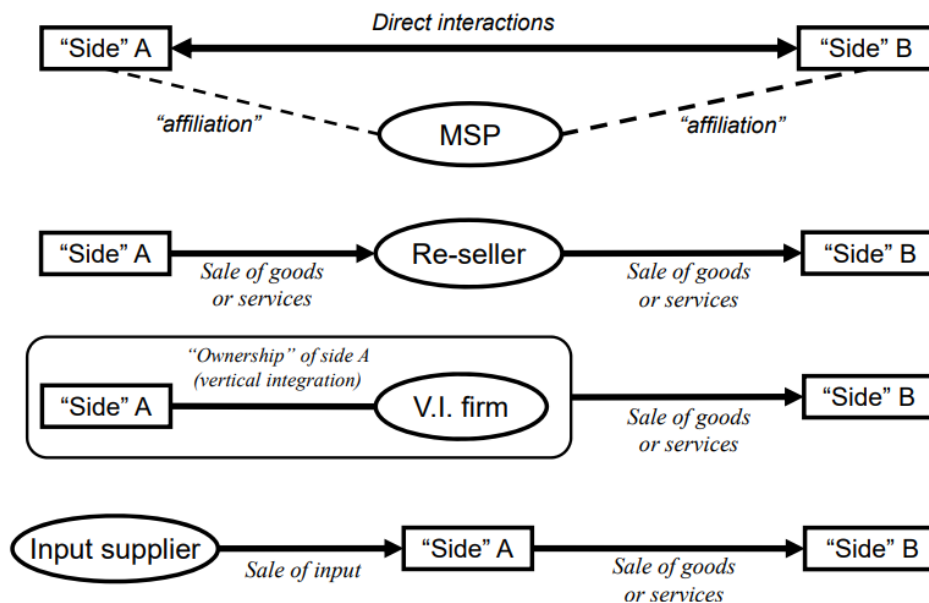


Diagrama retirado de: HAGIU, Andrei, WRIGHT, Julian, *Multi-Sided Platforms*, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 43, 2015, p.6

A distinção entre uma plataforma *multi-sided* e um modelo verticalmente integrado²⁹ baseia-se no facto de nas plataformas *multi-sided* os serviços fornecidos pelo lado A ao lado B (fig.1) constituírem uma interação direta, onde profissionais independentes fornecem o serviço diretamente aos clientes através de uma plataforma e, no caso da interação vertical, existir um controlo pela firma, onde cada lado produz os serviços e emprega profissionais específicos para os fornecer. Na hipótese IV (fig.1), a empresa é diretamente responsável pelo controlo das regras sobre o serviço aos clientes (exemplos tradicionais disto são empresas de consultadoria, de outsourcing, companhias de táxi, etc.). No caso de mercados multilaterais, os profissionais independentes têm a responsabilidade pelo controlo

²⁸ Idem.

²⁹ A integração vertical é o processo de agregação de dois ou mais elos de uma cadeia de valor. Na produção de um determinado produto, a integração vertical ocorre quando uma empresa passa a controlar operações a montante ou a jusante. Noção retirada de: <https://www.portal-gestao.com/artigos/6435-o-que-%C3%A9-a-integra%C3%A7%C3%A3o-vertical.html>

dos serviços e dos seus direitos (hipótese I da fig.1)³⁰. Exemplos disto são os *markeplaces* que podem ser meras plataformas de intermediação como ocorre com o *eBay*, ou modelos híbridos em que a plataforma oferece bens próprios e serviços de intermediação, como a Amazon³¹.

Desta forma, podemos definir uma plataforma como um negócio baseado na interação entre dois grupos de consumidores. Nos casos de plataformas multilaterais, ambos os lados da plataforma são consumidores, tal como são o “produto” a ser vendido ao outro lado pela plataforma. É natural que num mercado competitivo, a plataforma subsidie mais o lado que pela sua presença seja mais valioso para o outro lado, por exemplo, se existir um maior lucro a partir de anunciantes na plataforma, é comum o fornecimento gratuito dos seus serviços aos consumidores. Este fenómeno também é visto em mercados não digitais como, por exemplo, nas companhias de cartões de crédito, que subsidiam particulares e cobram mais a comerciantes³². É necessário ter em conta nas plataformas multilaterais os efeitos que cada lado impõe ao outro.

Nestes casos é necessária uma análise de ambos os lados do mercado e da forma com estes interagem, surgindo a questão: existe apenas um mercado ou vários mercados? Muitas vezes não é possível traçar uma linha distintiva e clara entre os lados existentes nos mercados digitais. Esta é uma característica base para a economia digital, salientando-se a necessidade de um foco mais atento para análise de comportamentos *antitrust*. Apesar disto, no mundo online continuam a existir negócios *one-sided*, sendo as regras tradicionais de análise de mercados suficientes para tais³³.

Ao definir o mercado relevante em mercados *two/multi-sided* é necessário ter em conta que a substituíbilidade do lado da procura pode ser definida tendo em conta mais que um grupo de utilizadores, podendo a definição de mercado resultar numa multiplicidade de mercados relevantes³⁴. Apesar disto, existem casos onde ambos os grupos procuram o mesmo produto/serviço específico, e podem ser considerados o mesmo mercado. Nestes casos a análise isolada dos dois lados iria levar a uma negligência de produtos substitutos e não seria possível ter uma definição clara de mercado.

³⁰ HAGIU, Andrei, WRIGHT, Julian, Multi-Sided Platforms, International Journal of Industrial Organization, Vol. 43, 2015, p.7

³¹ FERREIRA, Luís do Nascimento, Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante, Revista da concorrência e regulação, nº38, p.150

³² CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.22

³³ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.3

³⁴ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 41, No. 3, 2018, p.5

No contexto de mercados *multisided*, existem duas formas de definição de mercados: o **método *multi-markets***, onde é definido um mercado de cada lado da plataforma, sendo analisados separadamente, mas tendo em conta a ligação através dos efeitos de rede; e o **método *single-market*** que define um mercado único para os serviços intermediários oferecidos a ambos os lados do mercado. O método escolhido pelas autoridades da concorrência terá impacto no resultado das suas análises jurídicas³⁵.

De forma geral as autoridades da concorrência são aconselhadas a utilizar o método *multi-market*. O método *single-market* é considerado inadequado para análises concorrenciais pois a sua adoção pode levar a uma negligência de substitutos de um lado do mercado quando a perspectiva de substituíbilidade de cada grupo de utilizadores é obviamente diferente. Este método parece apenas resultar quando uma empresa interage necessariamente com todos os grupos e a substituíbilidade de serviço é igual em todas as perspectivas de todos os utilizadores³⁶.

Ao definir apenas um mercado é necessário ter em conta os princípios de substituíbilidade do lado da procura. Consequentemente, só poderá existir um só mercado se os utilizadores encararem a substituíbilidade da mesma forma. Mas, nos casos em que os utilizadores têm opiniões diferentes quanto à substituíbilidade, apenas um mercado não seria suficiente para cobrir as relações concorrenciais potencialmente importantes. Assim a questão de saber se se deverá definir um ou mais mercados deverá ser decidida caso a caso³⁷.

Devemos ter em atenção que produtos ou serviços alternativos que apenas respondem à procura de um ou poucos grupos de utilizadores não são considerados substitutos para o objetivo de definir o mercado relevante. Ainda assim, a eliminação destes produtos substitutos de apenas um lado dos mercados *multi-sided* deverá ser feita cuidadosamente, pois uma definição excessivamente restrita do mercado poderá levar ao reconhecimento de posições dominantes extremas, que na realidade não existem.

Imaginemos que existem dois grupos de utilizadores, se a interação mútua que a plataforma oferece é o que procuram como produto/serviço, então ambos os grupos pertencerão ao mesmo mercado, como por exemplo a plataforma LinkedIn. Se o interesse do grupo A não se focar na interação com o grupo B, mas sim no produto/serviço que este fornece, estamos perante mercados separados, como por

³⁵ FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy, p.22

³⁶ FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy, p.28

³⁷ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.6

exemplo os *Marketplaces*, onde os compradores são atraídos pela variedade de produtos e preços e não pelo número de vendedores³⁸.

Utilizando os *Marketplaces* como exemplo podemos analisar as duas perspetivas de substituição da procura. Na perspetiva dos vendedores, os participantes que oferecem os seus produtos/serviços na plataforma, utilizam-na como meio de venda e/ou publicidade. Para participar em mercados digitais, geralmente é requerido uma taxa/remuneração de utilização do espaço por parte dos vendedores e anunciantes. Definir o mercado relevante tendo em conta os vendedores requer descobrir se estes estariam dispostos a trocar para um concorrente no caso de a taxa de participação aumentar³⁹.

Pelo contrário, os consumidores, normalmente, têm acesso à plataforma a custo zero (tema desenvolvido infra em 2.2.1.). Do ponto de vista destes, geralmente não existe grande preocupação em diferenciar se adquirem o produto através da internet ou numa loja física, isto desde que o produto/serviço seja recebido nos termos regulares da transação. A substituíbilidade entre serviços/produtos *online* e *offline*, da perspetiva do consumidor, só poderá ser relevante para o mesmo tendo em conta as características funcionais das duas alternativas ou do tipo de produto/serviço que pretende obter. Por exemplo, a aquisição de CDs (quer online, quer fisicamente) não pode ser considerado equivalente à aquisição de músicas, em formato digital ou de *streaming*, numa plataforma online, havendo que diferenciar entre o produto e o serviço. Assim, a apreciação destes casos envolve obrigatoriamente a análise das características distintas de cada uma das formas de aquisição de que falamos, dos produtos e serviços que envolvem e das implicações que terão⁴⁰.

Segundo o *Bundeskartellamt*, o método *single-market* seria adequado para *matching platforms* se as necessidades de todos os grupos de utilizadores forem iguais e a plataforma conseguir satisfazer, da mesma forma, todos os grupos. Apesar disto, é ainda necessário analisar a substituíbilidade de ambos os lados do mercado pois não se perde a natureza *multisided* deste. O *Bundeskartellamt* entende que o método *multi-market* é adequado para *non-matching platforms* e *matching platforms* que permitem interação entre grupos de utilizadores com diferentes ideias de substituíbilidade do serviço. O método *single-market* será o indicado para *matching platforms* que permitem uma interação entre diferentes

³⁸ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 41, No. 3, 2018, p.12

³⁹ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 41, No. 3, 2018, p.15 e ss

⁴⁰ Idem.

grupos que têm a mesma ideia de substituíbilidade. Ao olhar criticamente para este modelo fica a questão se valerá a pena identificar esses casos excepcionais, não parecendo existir benefícios em escolher este método sobre o *multi-markets*.⁴¹

O método *multi-market* é o mais flexível e adequado, pois tem em conta as diferentes visões de substituíbilidade pelos diferentes grupos de utilizadores. A utilização do método *single-market* é teoricamente possível, mas as condições são demasiado raras para se poder aplicar, tal como têm um risco maior de adoção errada por parte das autoridades concorrenciais.⁴²

A definição de um mercado relevante deve ser vista caso a caso, podendo o produto do mercado ser a interação e existir apenas um mercado relevante, como nas *matching-platform* ou, o produto procurado ser distinto entre os grupos, como em plataformas de transação, onde geralmente existem dois tipos de utilizadores na plataforma, os consumidores finais e os vendedores. Não existindo um destes grupos a transação não é possível e a procura de qualquer dos grupos não é encontrada na plataforma.⁴³

Ao analisarmos os condicionalismos a que a concorrência está sujeita, é necessário atender todos os lados da plataforma na definição de mercados relevantes. As principais consequências dos mercados multilaterais não se fazem sentir na fase da delimitação do mercado relevante, mas sim na fase da identificação de poder de mercado ou de análise dos efeitos de uma prática.⁴⁴

1.2.2.2. Efeitos de rede/Network Effects

Os efeitos de rede (*network effects/network externalities*) são outra característica chave dos mercados digitais. Esta característica não é única a este tipo de mercados, mas ajuda a entender as dinâmicas entre as plataformas digitais onde ocorre.

As interações entre os lados de um mercado causam externalidades quer positivas quer negativas, ou seja, efeitos que beneficiam ou prejudicam um terceiro. Ora quando um utilizador beneficia ou sofre com o aumento de participação de outros utilizadores estamos perante uma externalidade positiva ou negativa respetivamente. “Nem sempre as externalidades de um mercado bilateral se fazem

⁴¹ FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy, p.34 a 38

⁴² FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy, p.38

⁴³ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 41, No. 3, 2018, p.15 e ss

⁴⁴ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.541

sentir do mesmo modo em ambos os mercados relacionados”⁴⁵. Este tipo de efeitos caracteriza-se por criar um aumento do valor das plataformas, tornando-as mais atrativas pela acumulação de utilizadores. Se existir uma diminuição de efeitos de rede abrupta, então a qualidade e atração do serviço baixa também.

Os efeitos de rede podem ser definidos em dois tipos:

Efeitos de rede diretos: Estes efeitos ocorrem quando os benefícios de um utilizador aumentam com o incremento de utilizadores do mesmo produto/serviço. Os efeitos ocorrem entre membros individuais de um grupo, ao invés de entre dois grupos distintos⁴⁶. Exemplo disto é o mercado dos telefones, onde quanto mais casas possuírem um telefone, mais aumenta o valor do serviço. Na área digital, estes tipos de efeitos são fortes em redes sociais, redes de mensagens, de encontros, de críticas de serviços, etc.⁴⁷ Nas redes sociais, os utilizadores são atraídos pela presença de outros utilizadores e, os anunciantes são atraídos pela presença de utilizadores⁴⁸.

Efeitos de rede indiretos: Estes ocorrem quando os benefícios dos utilizadores de um lado da plataforma aumentam com o crescimento de utilizadores do outro lado desta, ou seja, o valor de um produto/serviço aumenta (positivo) ou diminui (negativo) para um grupo específico de utilizadores com o oscilar do número de utilizadores de outro grupo⁴⁹. Estes efeitos são considerados altos para ambos os lados nas plataformas *marketplaces*, de serviços de *streaming*, nas *appstores*, e para anunciantes⁵⁰. As plataformas de *Stream*, por exemplo, conectam empresas que produzem vídeo jogos e jogadores ou empresas que produzem filmes e séries com espetadores, ou o AirBNB que conecta os proprietários de casas com os compradores⁵¹.

Uma das grandes características das plataformas é o facto de permitirem a interação direta entre utilizadores, diferenciando-se de outros negócios de troca de bens onde uma multiplicidade de relações também acontece no mercado, como os supermercados e lojas. O termo interação direta refere-se, como enunciado anteriormente, ao facto de a plataforma não estar envolvida, nem economicamente, nem legalmente, na transação ou interação entre os utilizadores dos diferentes

⁴⁵ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p. 538

⁴⁶ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.4

⁴⁷ UK Government, Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition, 2019, p.35

⁴⁸ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER Heike, Competition Policy for the digital era Final report - Comissão Europeia, 2019, p.30

⁴⁹ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.3

⁵⁰ UK Government, Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition, 2019, p.35

⁵¹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER Heike, Competition Policy for the digital era Final report - Comissão Europeia, 2019, p.21

grupos e fornecer liberdade de controlo de regras de transação (preço, condições, etc.)⁵².

Os efeitos de rede indiretos podem ser bilaterais ou unilaterais. No caso de efeitos de rede indiretos bilaterais, os membros de um grupo beneficiam indiretamente do crescimento do outro grupo, e vice-versa, criando um “*loop*” de efeitos de rede. Acontece normalmente em plataformas com dois ou mais grupos que tem como objetivo uma interação direta entre eles (*matching platforms*)⁵³.

Nos efeitos de rede indiretos unilaterais apenas um lado beneficia do crescimento do outro grupo, não existindo qualquer benefício para o outro grupo de utilizadores no caso de o primeiro crescer. Exemplo disto são plataformas com anunciantes (*audience providing platforms*)⁵⁴, tradicionalmente, em jornais e revistas, ou online, em plataformas financiadas por anúncios como o Google ou o Youtube. Os anunciantes têm um benefício com o aumento de utilizadores, ganhando publicidade, mas, os utilizadores não ganham qualquer benefício com o aumento de anúncios, podendo mesmo ser considerado um efeito de rede/externalidade negativo/a.

No caso de plataformas online, a ligação/interação entre os utilizadores é essencial para definir o mercado relevante. Nas primeiras etapas negociais das plataformas online todas sofrem com o problema do “ovo-e-da-galinha”, pois de início devem convencer um grupo de utilizadores a juntar-se-lhe antes de ter utilizadores necessários do outro lado para a interação. A ideia é de que se um grupo aderir à plataforma, outro o seguirá, de acordo com os efeitos de rede indiretos⁵⁵. “A título de exemplo, imagine que uma plataforma pretende ligar dois grupos de participantes designados por A e B. Os participantes do grupo A podem não considerar a plataforma a menos que saibam que esta atraiu também os participantes do grupo B, mas estes podem não considerar a mesma plataforma a menos que saibam que esta atraiu participantes A. Assim, a plataforma tem de descobrir uma forma de atrair os dois lados de participantes e em número suficiente para dar valor a ambos.”⁵⁶ Os membros do primeiro grupo não ganham nada pela sua participação na plataforma antes dos outros utilizadores participarem também. Exemplo disto é a participação de compradores e vendedores num *Marketplace*,

⁵² BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.4 e 5

⁵³ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.3

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 41, No. 3, 2018, p.8

⁵⁶ BIDARRA, Ana Isabel Rodrigues Gomes, O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência: O caso Facebook/WhatsApp e o Controlo de Concentrações na União Europeia, p.46

não existe qualquer benefício para um comprador estar numa plataforma sem vendedores, e vice-versa⁵⁷.

Na presença de efeitos de rede, é provável que as primeiras plataformas num determinado mercado atraiam a maioria dos utilizadores e se tornem dominantes no mesmo. Assim, para uma nova empresa sobreviver não basta oferecer maior qualidade a um preço menor do que as empresas já instaladas. Esta tem de conseguir convencer os utilizadores a fazer uma “migração” para o seu produto/serviço. As grandes plataformas ganham vantagem no mercado, pois quanto mais utilizadores tem, mais utilizadores cativam. O sucesso concorrencial de uma nova empresa, potencial rival às já existentes, vai depender da sua habilidade para criar, em massa, uma migração de utilizadores e gerar efeitos de rede/externalidades positivos/as⁵⁸.

Os efeitos de rede podem originar duas consequências para as empresas que atuam num dado mercado. “Em primeiro lugar diz-se que podem criar fortes efeitos de concentração ou “*winner-takes-it-all effects*”, o que significa que a empresa mais dominante num setor será a que terá maiores lucros. Em segundo lugar, refere-se que os efeitos network podem levar a uma espécie de *pulling effect*, ou seja, a maioria dos usuários irão utilizar o mesmo serviço”.⁵⁹ Apesar disto, existem fatores que limitam estes efeitos, como o *multihoming* (tema desenvolvido infra em 1.2.2.3).

Podemos dizer que os efeitos de rede não são características essenciais nos mercados online, mas quando existentes podem ter grande impacto, criando dominâncias e/ou barreiras à entrada nos mesmos. Para além disto, os efeitos de rede não garantem a concentração e exclusividade dos utilizadores, uma vez conseguida a sua atenção, pois estes podem usar várias plataformas em simultâneo (*multi-homing*), ou sendo que, por exemplo, um produto ou proposta inovadores podem criar uma troca de serviços por parte dos mesmos utilizadores.

Os utilizadores têm tendência a escolher a opção padrão (“*the power of default options*”) no mercado, mesmo podendo optar, sem custos adicionais, por outro serviço de melhor qualidade, criando obstáculos à atração de utilizadores por uma nova empresa. Para além disto, os efeitos de rede conectados com *data*, permitem que à medida que mais utilizadores realizam um maior número de pesquisas, mais informações acerca das suas preferências sejam apreendidas pelas empresas, as quais, por sua vez, podem adaptar rapidamente os seus algoritmos para prever o

⁵⁷ MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 41, No. 3, 2018, p.8

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa, p.17

que é desejado e fornecer um serviço/produto mais especificado a cada utilizador⁶⁰. Uma plataforma com mais utilizadores consegue apresentar uma maior qualidade do que as suas concorrentes, e criar, assim, mais procura pelos seus serviços indo, como consequência, atrair mais facilmente anunciantes que procuram publicitar os seus produtos de forma eficaz, proporcionando-lhes um melhor direcionamento dos seus anúncios.

A comparação de efeitos de rede pode ajudar no entendimento das quotas de mercado na economia digital, ligando os números de utilizadores ao sucesso das plataformas. Na prática, os negócios muitas vezes combinam ambos os efeitos de rede. Por exemplo, o Facebook financia-se através de anunciantes (efeitos de rede indiretos unilaterais), mas ganha também atração através de efeitos de rede diretos entre os utilizadores⁶¹, e contendo recentemente um *marketplace* dentro da plataforma, beneficia de efeitos de rede indiretos bilaterais transacionais. Os efeitos de rede criam consequências relevantes para o mercado, sendo necessário ter em conta elementos que normalmente não seriam relevantes como em *one-sided markets*.

1.2.2.3. Multi-Homing e Single-Homing

As plataformas digitais baseiam-se nas preferências heterogêneas dos consumidores, focam-se em diferentes grupos e procuram acomodar as suas preferências comuns, mas tentam diferenciar-se com características únicas que atraiam utilizadores e as distingam de outras. Este tipo de diferenciação entre plataformas digitais cria a possibilidade de *multi-homing*.

Multi-homing ocorre quando os utilizadores escolhem usar várias plataformas simultaneamente, pois consideram as diferentes características, nas diferentes plataformas, atrativas ou complementares. Ora, as plataformas tentam distinguir-se umas das outras para atrair mais utilizadores oferecendo parte dos serviços já fixados no mercado com a junção de novas características. Ainda assim muitos utilizadores ficam hesitantes perante a perspectiva de mudança, mesmo sendo fornecida uma melhor qualidade de serviço, pois não têm a certeza de que a nova plataforma corresponda às suas necessidades e temem “abandonar” a que já usam. Nestes casos, muitas vezes, optam por usar ambas as plataformas, praticando *multi-homing*.

Num cenário de *multi-homing*, os utilizadores usam várias plataformas e redes (*networks*) no mercado, reduzindo o efeito *lock-in* dos efeitos de rede e diminuindo

⁶⁰ FERRARI, Lucas Saretta, Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15, p.256

⁶¹ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.4

as barreiras à entrada de novas empresas, que não necessitam de induzir os utilizadores ao uso exclusivo da sua plataforma. O *multi-homing* pode acontecer por fases, nas quais os utilizadores se focam numa única plataforma e usam outras em pequenos períodos de tempo. Estes tipos de uso têm de ser tratados caso a caso, devendo também ser analisado se a prática de *multi-homing* está a acontecer no mesmo mercado, ou num mercado paralelo, onde plataformas e redes satisfazem necessidades complementares⁶².

Os exemplos anteriores distinguem-se do mais tradicional *single-homing*, onde os utilizadores apenas usam uma única plataforma ou rede. No caso de *single-homing*, em ambos os lados, várias plataformas e redes podem existir no mercado, dividindo-se os utilizadores pelas diferentes opções. Também pode acontecer apenas um lado da plataforma praticar *single-homing* e o outro utilizar várias plataformas (*multi-homing*)⁶³. Sendo a participação na maior parte das plataformas gratuita para um dos lados de utilizadores, esse lado tende a considerar mais facilmente a participação em várias plataformas simultaneamente. Quando existem vários fornecedores do mesmo tipo de plataforma, mas com uma certa diferenciação entre si, os utilizadores podem escolher entre subscrever apenas uma delas (*single-homing*) ou várias (*multi-homing*), diminuindo a diferenciação de utilizadores entre plataformas concorrentes. Uma concorrência eficiente em *single-homing* depende da vontade dos utilizadores em trocar de plataformas⁶⁴. A prática de *multi-homing* pode refletir-se no facto de os utilizadores possuírem várias *apps* de serviços similares, ou num produto ser vendido em várias plataformas simultaneamente. Um exemplo disto são as redes sociais. É corrente um utilizador estar presente em mais de uma ou duas redes sociais e utilizá-las a todas no seu dia-a-dia.

Nos casos *single-homing* existe um maior risco de *tipping*⁶⁵ do mercado e a sua consequente monopolização. Assim, apesar de o *single-homing* aumentar a concorrência pelos utilizadores entre as plataformas, também aumenta as barreiras à entrada de novos concorrentes. Para além disto, nas plataformas com utilizadores *single-homing*, pode existir um incentivo para acordos exclusivos, facilitando a concentração do mercado. Contudo, na prática, os utilizadores comportam-se de maneiras diferentes e o seu comportamento teria de ser examinado individualmente⁶⁶.

⁶² BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.14

⁶³ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, pp.14 e 15

⁶⁴ MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles, Merger Control and Online Platforms: The Relevance of Network Effects, MCLR, Vol. 1, N°2, 2017, p.5

⁶⁵ *Tipping* é definido como o mecanismo económico onde efeitos de rede levam a uma concentração do mercado e aumento do poder de mercado de uma empresa

⁶⁶ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p.15

As desvantagens e limitações da liberdade de troca e de *multi-homing* entre as plataformas são⁶⁷:

- Perda de *data* – os consumidores ao mudarem para um novo serviço perderão o seu histórico na plataforma antiga.
- Perda de reputação - perda do feedback dos consumidores, classificações, confiança, entre outros.
- Cláusulas contratuais restritivas da concorrência - as grandes plataformas têm um maior poder de negociação com os seus utilizadores. Por exemplo, aumento de preços e cláusulas de exclusividade.
- Barreiras técnicas/Interligação de serviços – muitos sistemas não são compatíveis com plataformas distintas, os seus serviços apenas se conectam a serviços da mesma plataforma, por exemplo aplicações de mensagens que apenas permitem comunicação com quem tem o mesmo sistema.
- Inércia - os consumidores mostram preferência pelas opções padrão e lealdade às marcas conhecidas.

O custo de mudança de uma plataforma para outra pode ser alto (*switching costs*), isto inclui os custos de conexão a uma plataforma diferente, mas também os custos de oportunidade que resultam da perda de efeitos de rede decorrentes da ligação entre os utilizadores na plataforma inicial. Com altos custos de mudança, os utilizadores estão menos suscetíveis de fazer uma troca de fornecedor, principalmente se estiverem acomodados com a sua primeira escolha. A troca de plataformas só será atrativa se os utilizadores beneficiarem claramente da mesma, benefício sobre o custo⁶⁸.

A troca e *multi-homing* de plataformas pelos utilizadores pode ser a solução para os efeitos de rede fortes, mas em muitos mercados digitais a combinação destas restrições cria limitações às dinâmicas concorrenciais.

1.2.2.4. Informação (*data*)

Não existe uma definição de *data* única. De forma sucinta, o termo pode ser utilizado para descrever os resultados de experiências ou medições científicas. Mas num sentido mais amplo, o termo é usado como referência a qualquer informação, ou representação de tais informações, geralmente armazenadas num computador⁶⁹.

⁶⁷ UK Government, Unlocking digital competition - Report of the Digital Competition, 2019, pp.35 e ss

⁶⁸ BKartA, B6-113/15, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p. 13

⁶⁹ Autorité de la Concurrence e Bundeskartellament, Competition Law and *data*, 2016, p.4 e 5

Dentro do termo *data* surge a *big data*, conceito frequentemente usado para referir grandes volumes e variedade de informação produzidos em alta velocidade por uma multiplicidade de fontes, cuja análise requer processadores e algoritmos em constante atualização. De forma simples, *big data* é caracterizada pelos três “vv” - velocidade, variedade e volume (ou quatro, adicionando o “valor” a ser retirado desta)⁷⁰.

Atualmente, com a evolução tecnológica, é possível empresas recolherem e armazenarem grandes quantidades de informação que é, nos dias de hoje, uma mais-valia essencial para os serviços online, logísticos e produções empresariais⁷¹. A coleta, processamento e análise sistemáticos de volumes gigantes de informação e a sua utilização pelas empresas digitais tem modificado e continuará a modificar a forma como os mercados funcionam.

A informação recolhida mostra em detalhe como os mercados funcionam. Ao fornecerem os seus serviços de forma gratuita aos utilizadores, as plataformas recebem em troca a atenção e a informação destes (as suas preferências, tempo, pesquisas, etc.). A partir das buscas realizadas pelos utilizadores, informações pessoais relacionadas aos hábitos de pesquisas são coletadas, permitindo aos anunciantes a realização de publicidade direcionada a públicos específicos com base em tais dados. “Este modelo é chamado de *behavioral advertising* e procura prever os bens e serviços que os consumidores poderão ter mais interesse em adquirir”⁷². A posse de *data* cria uma enorme vantagem para a dominação do mercado, podendo esta dominância ser estendida a mercados adjacentes, fornecendo a informação a serviços complementares da mesma empresa.

O acesso a *data* ajuda as empresas a inovar, a perceber os interesses dos seus consumidores e os seus hábitos e necessidades criando uma vantagem para a empresa. A informação que a *data* fornece cria uma facilidade na tomada de decisões e cria benefícios como⁷³:

- Melhoria da qualidade dos produtos e serviços através de um melhor entendimento dos consumidores (diretamente através de comentários dos utilizadores e indiretamente pelo número de venda de produtos).
- Melhoria da produtividade através do aumento da capacidade de prever procura e tendências de mercado, produzindo e distribuindo os produtos e serviços mais eficientemente.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.2

⁷² ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa, p.20

⁷³ UK Government, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition, 2019

- Oportunidade de novos negócios, pela reutilização da *data*, e pela informação de falhas nos processos e produtos fornecidos.
- Modelos de negócio mais alvo-orientados.

Se a posse de *data* cria vantagens, o controlo desta pode indicar poder de mercado. Para as plataformas online a *data* é essencial para melhorar a qualidade de serviço aos seus utilizadores. Quanto mais utilizadores uma plataforma tiver mais benefícios tem, recolhendo um número maior e mais atualizado de informação do que as outras empresas. Consequentemente, isto levará a uma atração das empresas publicitárias ou fornecedores. Ao monopolizar a *data* cria-se uma exclusividade sobre a informação fornecida pelos utilizadores e com isto vantagens concorrenciais⁷⁴.

Ao contrário de um ativo tangível, a *data* é facilmente duplicável, infinita, acessível e útil a vários utilizadores ao mesmo tempo. Contudo convém lembrar que a *data* está interligada com os direitos privados e intelectuais dos indivíduos, necessitando estes de proteção por parte do Estado, que limite o acesso arbitrário e descontrolado das empresas a este tipo de informações⁷⁵.

As empresas que possuem forma de coletar e comparar *data*, que possuem sistemas e ferramentas únicas de análise, têm bases substanciais para conseguir dominar os mercados. Cada ação na plataforma produz informação que é utilizada pela empresa para criar vantagens e benefícios para a empresa.

A *data* é um elemento que afeta o poder de mercado, especialmente no caso das plataformas online. A *data* pode ser usada em estratégias comerciais, permitindo manter posições de liderança e limitando a entrada de concorrentes no mercado⁷⁶. Não sendo um novo fenómeno da era digital, nunca, como hoje em dia, foi possível uma tão grande centralidade de dados, permitindo facilmente uma análise rápida e detalhada. A informação coletada deverá ser analisada caso a caso, descobrindo qual a relevância desta para o mercado e concorrência; se pode ser duplicada e quais as opções disponíveis para junção de *data* de várias fontes.

1.2.2.5. Economias de escala

Economias de escala descrevem o que acontece à medida que a escala de produção aumenta a longo-prazo. Quando a produção de um bem ou serviço aumenta, o

⁷⁴ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.87

⁷⁵ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p. 73 e ss

⁷⁶ ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa, p.19

custo de os produzir também aumenta, mas proporcionalmente menos do que o aumento da quantidade. Isto é, no longo prazo, o custo médio (por unidade) diminui. Quando existem economias de escala numa empresa, o custo médio total é sempre decrescente e cria vantagens concorrenciais.

Nas plataformas digitais, o custo de produção é desproporcional ao número de utilizadores de um produto/serviço. Apesar deste aspeto, uma vez mais, não ser uma característica nova para a concorrência, a área digital puxa este fenómeno ao extremo, sendo que, uma vez criado, o custo de manter um número alto de utilizadores é extremamente baixo. O custo do produto/serviço tem um crescimento muito mais lento do que o de utilizadores/consumidores⁷⁷.

Quando existe uma expansão do número de utilizadores este fator pode resultar num congestionamento de procura. Para as empresas tradicionais isto leva também a um aumento de custos como, por exemplo, um aumento de lojas ou de empregados. No entanto, para as plataformas online este tipo de problema não surge, pois foram construídas para suportar milhões de utilizadores de uma só vez.

Os mercados das plataformas digitais são caracterizados por fortes economias de escala, onde um alto investimento inicial e custos fixos são conjugados com um baixo (quase zero) custo marginal de utilizadores adicionais. As empresas de plataformas digitais com uma base larga de utilizadores têm até uma redução do custo médio significativo⁷⁸.

Há primeira vista, as consequências dos efeitos de rede na concorrência são iguais às de retornos de escala: grandes plataformas com acesso a mais utilizadores são mais eficientes do que as pequenas, deixando o espaço no mercado limitado. No entanto, as consequências das economias de escala provêm de condições tecnológicas, enquanto que dos efeitos de rede provêm dos incentivos de crescimento entre os utilizadores⁷⁹.

1.2.2.6. Inovação

Outro ponto essencial que define os mercados digitais é a inovação e o rápido avanço tecnológico. Frequentemente se debatem os efeitos da inovação e da tecnologia no contexto de eliminação e criação de novos mercados relevantes no âmbito de aplicação da lei da concorrência. Estes mercados são fortemente influenciados por estes fatores, pois os seus produtos e serviços transacionados são

⁷⁷ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019

⁷⁸ UK Government, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition, 2019

⁷⁹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019

precisamente tecnologia e a sua concorrência centra-se exatamente na inovação tecnológica.

“Discute-se a forma como a tecnologia e a inovação podem condicionar o modo de identificação das fronteiras do mercado e da veracidade da imagem que uma subsequente análise estrutural confere ao poder de mercado das empresas”⁸⁰. A inovação tem efeitos fortes na definição do mercado temporal, pelo que as abordagens convencionais são de certo modo inúteis para fazer frente à rapidez das mudanças tecnológicas.

Com os rápidos avanços tecnológicos a troca de produtos e serviços acontece de forma constante, tornando-se quase banal a troca de produtos tecnológicos por versões mais recentes em pequenos períodos de tempo. “Quando um produto ou serviço novo, tecnologicamente mais avançado, substitui outro anterior, a procura transita do produto “antigo” para o “novo”, mas por via de regra, não está disponível a regressar ao produto”⁸¹ anterior. Estamos assim perante uma substituíbilidade unidirecional. Para além disto, a convergência de diferentes áreas tecnológicas ocorre muito rapidamente, não dando tempo a que economistas e advogados tenham tempo para as entender e analisar.

A definição de poder de mercado torna-se também um desafio com estas mudanças constantes. A corrida pela inovação torna-se um fator de pressão concorrencial para as empresas. “Em teoria, se o produto que resulta de um processo de inovação é “novo”, no sentido em que se inserirá num mercado relevante inteiramente novo, no qual não concorrerá com produtos existentes, então, de facto, não é possível definir-se um mercado relevante existente que nos permita ponderar, no seu âmbito, os efeitos restritivos de cooperação ou de alterações estruturais ao nível da I&D”⁸².

A análise dos mercados relevantes pode ficar assim obsoleta quando analisamos vários períodos temporais. As análises e intervenção a nível concorrencial podem já não ser necessárias, existindo novos mercados que necessitam dessa atenção.

Este problema, no entanto, poderá ser apenas teórico, no sentido de que “o método de definição de mercados permitirá a delimitação de um mercado (existente) no qual o novo produto se virá a inserir, ainda que apenas parcialmente”⁸³.

⁸⁰ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.468

⁸¹ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.532

⁸² FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.475

⁸³ Idem.

A inovação tem assim efeitos concorrenciais na criação de novos mercados, na fusão de mercados e na medição de quotas e do poder de mercado, como veremos no capítulo seguinte.

II. Posição Dominante/ Poder de Mercado

2.1. Noções Introdutórias

Para a economia, poder de mercado é definido como “a capacidade de elevar preços de modo lucrativo acima do nível a que esses preços se encontrariam em ambiente concorrencial (o qual, em concorrência perfeita, corresponderia aos custos marginais)”⁸⁴. Ora, quando uma empresa ou grupo de empresas detêm poder de mercado significativo, onde possui força económica que lhe permite agir de forma independente aos outros agentes económicos estamos perante uma posição dominante⁸⁵.

Posição dominante define-se como “sendo uma posição de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efetiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo dos consumidores”⁸⁶. Esta definição foi primeiro avançada pelos acórdãos *United Brands* e *Hoffmann-La Roche* do TJ, que consideram que a existência de uma posição dominante resulta, em geral, da reunião de vários fatores, que tomados isoladamente, não seriam necessariamente determinantes desta⁸⁷. Estes fatores, como a independência total de comportamento que permita afastar a concorrência, ou a detenção de uma parte substancial do poder de mercado, atribuem uma predominância incontestável a uma empresa face aos seus concorrentes, clientes e mesmo consumidores, conferindo assim uma posição dominante⁸⁸.

Para definir uma posição dominante é necessário, previamente, existir uma definição do mercado relevante e uma análise do poder de mercado. Sem um mercado relevante não existe uma posição dominante, é então essencial que a definição de mercado seja feita adequadamente para prevenir uma aplicação errada da lei. Apesar da prática de definição de mercado ser várias vezes criticada, continua a ser um requisito prévio para encontrar o poder dominante de acordo com os tribunais da União Europeia⁸⁹.

⁸⁴ FERRO, Miguel Sousa, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Almedina, 2015, p.335

⁸⁵ Comunicado da Comissão: Linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar da UE para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (2018/C 159/01), parágrafo 24

⁸⁶ Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 102º (2009/C 45/02), parágrafo 10, a citar os acórdãos *United Brands* p.65 e *Hoffmann La Roche* p.38

⁸⁷ Ac. do T.J. de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands*, Processo 27/76, EU:C:1978:22, parágrafo 66

⁸⁸ Ac. do T.J. de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands*, Processo 27/76, EU:C:1978:22, parágrafo 59

⁸⁹ MANDRESCU, Daniel, *Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market*, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 41, No. 3, 2018, p.4

Na análise da posição dominante de uma empresa são tidos em conta os seguintes fatores: a posição no mercado da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes, as pressões resultantes da expansão dos atuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais e a pressão decorrente do poder negocial dos consumidores. As identificações de uma posição dominante revelam-nos o nível de pressão competitiva a que uma empresa está sujeita. Quando essa pressão não é suficientemente eficaz a empresa goza de um poder de mercado considerável e duradouro que lhe permite ter comportamentos abusivos e independentes dos restantes agentes económicos⁹⁰.

2.2. Quotas de Mercado

Para analisar a pressão concorrencial num mercado é necessário analisar a estrutura do mercado e a importância relativa das várias empresas que no mesmo operam⁹¹. Isto é medido através de quotas de mercado. As quotas de mercado ajudam a entender o nível de poder que as empresas detêm sobre os mercados e qual a percentagem dos mesmos que controlam.

Apesar das quotas de mercado serem um fator altamente significativo, muitas vezes suficiente como prova da existência de uma posição dominante, a detenção de uma quota de mercado considerável não é um dado imutável e não se traduz numa posição dominante, variando de um mercado para o outro em função da sua estrutura⁹².

O cálculo das quotas de mercado é feito através das vendas no mercado relevante, sendo feita uma análise das vendas da empresa por volume e/ou valor⁹³ em comparação com as restantes empresas do mercado relevante.

Apesar de as quotas de mercado apenas indicarem uma primeira situação, quanto maior a quota de mercado, mais se torna provável que a entidade em causa possua poder de mercado e, em algumas situações excecionais, grandes quotas de mercado traduzem-se numa dominância do mesmo, com todas as inerências que essa supremacia pode acarretar. “A experiência sugere que quanto mais elevada for a quota de mercado e quanto mais longo for o período de tempo durante o qual esta é mantida, maior será a probabilidade de esse facto constituir um sinal preliminar importante da existência de posição dominante e, em determinadas circunstâncias,

⁹⁰ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02), parágrafo 10 a 12

⁹¹ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02), parágrafo 13

⁹² Ac. do T.J. de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG, Processo 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, parágrafos 39 a 41

⁹³ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.339

de possíveis efeitos graves derivados de uma conduta abusiva que justificam uma intervenção por parte da Comissão ao abrigo do artigo 82^o⁹⁴ (artigo 102^o TFUE).

2.2.1. Medição das quotas de mercado através do preço - *The Zero-Price Problem*

As plataformas digitais são muitas vezes caracterizadas por prestarem os seus serviços a um “aparente” custo zero aos consumidores. O lucro destas assenta no lado dos distribuidores e anunciantes da plataforma, através de uma taxa de participação. A interdependência dos grupos de utilizadores da plataforma presente na estrutura de preços apresenta desafios para a definição de mercado relevante e para os critérios de aferição do poder de mercado das empresas⁹⁵. Ao basearmos as quotas de mercado em preços, nos casos de plataformas digitais, estamos perante o risco de conclusões erradas que sugerem margens anticoncorrenciais ou preços predatórios que, na verdade, não existem.

A aparente gratuitidade para o lado dos utilizadores é paga indiretamente através da recolha e tratamento de dados diversos, como, por exemplo: Quem acede a que plataformas? Onde?, Quando? ou Como? Todo este conhecimento, possibilita o seu tratamento e posterior uso direcionado ou venda de informação (*data*), que pode ser utilizada tanto para criar uma melhor qualidade do serviço, como para beneficiar o outro lado da plataforma. Assim, as plataformas fornecem os seus serviços/produtos de forma a que o comportamento dos seus utilizadores, neste contexto, não se foque no preço, mas sim na qualidade, tempo, confiança e características do produto/serviço com o intuito de, desta forma, obter a atenção, o tempo e informação relevante acerca dos seus utilizadores (*data*), que corresponde a um preço não monetário.

A publicidade tem vindo a ganhar um papel importante nos mercados digitais, permitindo monetizar *data* e atenção dos utilizadores (venda da informação para anúncios-alvo) e facilitando a oferta de produtos/serviços a custo zero aos consumidores. Assim, grande parte das plataformas optam por uma estrutura de preços baseada em financiamento através dos anunciantes⁹⁶.

Tradicionalmente, o poder de mercado tem sido medido através de quotas de mercado (ratio das vendas de uma empresa em comparação ao total de vendas no mercado). “Os economistas, tipicamente, assumem que a procura de um produto

⁹⁴ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02) parágrafo 15

⁹⁵ NEVES, Ana Ferreira, O Impacto do E-Commerce na Política da Concorrência, Revista da concorrência e regulação, n.º38, p.150

⁹⁶ FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy, p.47

depende do preço desse produto, do preço dos produtos substitutos e do preço dos produtos complementares”⁹⁷.

Para estimar a curva da procura é necessária informação sobre a quantidade procurada a diferentes preços. Nos casos de mercados *multi-sided*, a procura do lado A depende do preço do serviço e do número de utilizadores do lado B. Isto porque, a procura no lado B depende, também, do número de utilizadores do lado A. Para uma plataforma funcionar eficientemente é necessária uma estrutura de preços que atraia ambos os grupos envolvidos (A e B) e que obtenha o máximo lucro, o que torna necessário um estudo mais complexo e a recolha de muito mais informação⁹⁸.

Segundo David S. Evans, o preço depende da sensibilidade da procura em ambos os lados, da natureza e intensidade dos efeitos de rede indiretos e do custo marginal que resulte de mudanças em cada lado. A relação entre preço e custo é complexa, e as fórmulas aplicadas em mercados *single-sided* não funcionam nos casos *multi-sided*⁹⁹.

“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”¹⁰⁰. Quando existem efeitos de rede, o preço não é necessariamente representativo do valor do produto/serviço para os consumidores ou para as empresas a vendê-lo. Para além disto, algumas plataformas gratuitas concorrem com outras que cobram valores. Não sendo o valor do preço um conceito suficiente para medir o poder de mercado com conclusões assertivas¹⁰¹.

Quando uma empresa oferece um produto gratuito normalmente tem, pelo menos, outra atividade, não gratuita, que permite subsidiar aquela. Quando estamos perante mercados multilaterais verifica-se uma externalidade positiva no mercado oneroso que beneficia da procura no mercado gratuito. A definição do mercado gratuito é essencial, pois um dos lados da plataforma subsidia inteiramente o outro

⁹⁷ BIDARRA, Ana Isabel Rodrigues Gomes, O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência: O caso Facebook/WhatsApp e o Controlo de Concentrações na União Europeia, p.53

⁹⁸ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.43

⁹⁹ EVANS, David S., PLATFORM ECONOMICS: Essays on Multi-Sided Businesses, Competition Policy International, 2011, p.11

¹⁰⁰ FERREIRA, Luís do Nascimento, Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante, Revista da concorrência e regulação, nº38, p.154

¹⁰¹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.48 e 49

lado da plataforma (lado gratuito) e, este segundo lado, afeta as condições concorrenciais do primeiro¹⁰².

De acordo com a regra de Ramsey¹⁰³, a melhor estratégia é cobrar um preço mais elevado ao lado de participação que tem uma procura mais inelástica e que é, portanto, menos sensível ao preço. Ora, nas plataformas digitais os utilizadores são mais sensíveis ao preço e a sua participação atrai um número elevado de anunciantes para o outro lado da plataforma, que são relativamente inelásticos em relação ao preço. Assim, cobrar preço-zero compensa sobre cobrar um preço positivo aos utilizadores sendo que a perda de receita por parte destes é compensada pela ganha com os anunciantes¹⁰⁴.

A dependência entre os dois grupos da plataforma significa que um ajustamento de um preço cobrado a um grupo, afeta o nível da procura do outro grupo. A ligação de utilizadores afeta a elasticidade do preço do lado da procura, ou seja, um aumento de preço (ou redução da qualidade) de um lado, reduz o valor/benefícios que os consumidores do outro lado recebem da plataforma, que por sua vez, reduz a procura e o preço que estão dispostos a pagar¹⁰⁵. Para analisar um mercado é necessário ter em conta todos os lados da plataforma, não existindo significado relevante em analisar cada um separadamente¹⁰⁶.

Atualmente, o método de determinação de poder de mercado utilizado pelas autoridades da concorrência foca-se num padrão de bem-estar dos consumidores, baseado na medição de benefícios e prejuízos para os consumidores na forma de preços altos ou baixos (SSNIP). O teste SSNIP, também conhecido como teste monopolista hipotético, é um instrumento que avalia “a pressão que o preço de um produto exerce sobre o preço de outro produto, procurando encontrar todos os produtos cujo preço condiciona suficientemente o preço do produto analisado”¹⁰⁷. Este teste visa identificar o mercado onde um monopolista hipotético seria capaz

¹⁰² FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.550 e ss

¹⁰³ *Ramsey pricing* é uma política de preços que maximiza o bem-estar económico sujeito às empresas que atingem determinadas metas de lucro. Se todas as empresas produzem com retornos constantes de escala e devem atingir o ponto de equilíbrio, o preço de ramsey reduz para o preço de custo marginal. Se as empresas têm retornos crescentes de escala e precisam atingir o ponto de equilíbrio, então os aumentos dos preços de ramsey sobre o custo marginal estão inversamente relacionados à elasticidade da procura. - Oxford reference, Ramsey pricing in A Dictionary of Economics, <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100403450>

¹⁰⁴ BIDARRA, Ana Isabel Rodrigues Gomes, O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência: O caso Facebook/WhatsApp e o Controlo de Concentrações na União Europeia, p.47

¹⁰⁵ MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles, Merger Control and Online Platforms: The Relevance of Network Effects, MCLR, Vol. 1, Nº2, 2017, p.6

¹⁰⁶ ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa, p.15

¹⁰⁷ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, Abuso de Posição Dominante, Almedina, 2012

de impor de modo lucrativo um aumento de preço pequeno, mas significativo e não transitório (*small but significant and non transitory increase in price*)¹⁰⁸.

Os produtos identificados pelo teste SSNIP são assim substitutos entre si e podem ser monopolizados de forma lucrativa. Segundo Miguel Sousa Ferro, este teste só muito excecionalmente é utilizado e nunca foi aplicado em sentido próprio. “Embora o TG procure apresentar o teste SSNIP como resultando da jurisprudência do TJ, a verdade é que nunca afirmou a relevância do teste SSNIP, mantendo-se fiel à mera repetição dos princípios por si inicialmente fixados”¹⁰⁹.

Este modelo não avalia totalmente o impacto na concorrência dos negócios digitais das plataformas globais que fornecem serviços gratuitos. O teste SSNIP, largamente usado para circunscrever as fronteiras de um mercado, “assenta exclusivamente numa análise de sensibilidade às oscilações de preço em função das opções dos consumidores e, nessa medida, não tem como ser aplicável, tal e qual, às atividades que não envolvem um sinalagma monetário”¹¹⁰.

O teste SSNIP não é aplicável num cenário de custo zero. Não existe forma de analisar um aumento de 5% do preço zero, pois 5% de zero é zero. Como referido anteriormente, as plataformas digitais não concorrem através do preço, logo, é necessária uma análise do poder de mercado mais baseada na qualidade e variedade, baseada nas possibilidades de substituição através de uma redução significativa destas. Na ausência de preço o foco é a qualidade. A análise desta pode apresentar desafios sendo de difícil medição objetiva. Por tudo isto urge a criação e desenvolvimento de ferramentas económicas e jurídicas adequadas à sua análise¹¹¹.

Ao analisar comportamentos de abuso de posição dominante e ao definir o mercado relevante é necessário ter em conta as especificidades dos modelos de negócio das plataformas digitais. Terá de ser feita uma análise através de outras perspetivas, que não sejam exclusivamente baseadas em parâmetros de preço. Podemos considerar que a atividade base destas empresas e o seu custo-zero constituem um mercado se considerarmos que as grandes empresas online competem entre si tanto pela obtenção de anunciantes como pela atenção e tempo dos utilizadores, numa espécie de “mercado da atenção”¹¹². Um mercado deve

¹⁰⁸ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.380

¹⁰⁹ FERRO, Miguel Sousa, A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015, p.384

¹¹⁰ FERREIRA, Luís do Nascimento, Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante, Revista da concorrência e regulação, nº38, p.154

¹¹¹ BIDARRA, Ana Isabel Rodrigues Gomes, O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência: O caso Facebook/WhatsApp e o Controlo de Concentrações na União Europeia, p.54 e 55

¹¹² FERREIRA, Luís do Nascimento, Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante, Revista da concorrência e regulação, nº38, p.154

considerar transações entre dois ou mais grupos onde pelo menos um atua com propósitos económicos¹¹³.

As quotas de mercado como indicador de poder de mercado, no caso das plataformas digitais, não são tão eficientes como nos casos tradicionais. Com o impacto dos efeitos de rede, o preço zero, a *data* e as outras características distintivas dos mercados digitais, torna-se difícil definir quotas de mercado de forma clara tendo em conta só as vendas por preço de um produto/serviço. É assim necessário fazer uma análise mais específica nas plataformas e ter em conta elementos que normalmente não seriam relevantes como em *one-sided markets*.

Ora, não deve existir um foco apenas nas quotas de mercado, o poder de mercado é em primeiro lugar poder económico, logo, deve existir um foco nas outras características dos mercados em si, como aquelas referidas no capítulo anterior. A importância de quotas de mercado para determinação das posições dominantes depende das condições dos mercados especificamente. Os mercados digitais são altamente dinâmicos e a sua estrutura de mercado é instável devido à constate inovação e crescimento, logo, as quotas de mercado, nesta situação, fornecem indicações muito limitadas do poder de mercado das empresas.

Para além disto, as quotas de mercado para os serviços online dizem pouco sobre a durabilidade do poder de mercado: na última década assistimos a vários exemplos de empresas que se acreditava estarem solidamente enraizadas no mercado para, em apenas uns anos, passarem a ser consideradas irrelevantes. Novos rivais que tomam a liderança do mercado podem surgir de sítios inesperados como *start-ups*, concorrentes em mercados adjacentes que se reposicionam no mercado, ou empresas que fazem parcerias e se completam verticalmente. A revolução atual das plataformas digitais tem ajudado na diminuição de custos de entrada para novos concorrentes, frequentemente desafiando a própria plataforma em que atuam¹¹⁴.

2.3. Expansão ou Entrada

Relativamente ao segundo ponto, expansão ou entrada de concorrentes no mercado, é necessário ter em conta a influência destes nas posições de mercado, e assim, nos comportamentos que as empresas têm tendo em conta este fator. “As barreiras à expansão ou à entrada podem assumir diferentes formas. Podem ser barreiras jurídicas, tais como direitos aduaneiros ou contingentes pautais, ou

¹¹³ FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy, p.7

¹¹⁴ O’CONNOR, Daniel, Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings, Competition Policy International - Internet Competition & Regulation Of Online Platforms

assumir a forma de vantagens específicas da empresa em posição dominante, tais como economias de escala e de gama; acesso privilegiado a meios de produção ou recursos naturais essenciais; tecnologias importantes ou uma rede estabelecida de distribuição e venda. As barreiras podem incluir igualmente custos e outros entraves, resultantes designadamente de efeitos de rede, com que se deparam os clientes ao mudarem para um novo fornecedor”¹¹⁵.

Os mercados digitais tratam-se de mercados dinâmicos e diretamente relacionados com a inovação. Como vimos anteriormente a posse de altas quotas de mercado pode ser meramente transitória e não ser um fator de determinação de posição dominante completamente eficaz. Na “nova economia” digital a detenção de altas quotas de mercado por uma empresa pode ser um tanto ou quanto frágil, tendo em conta o risco permanente de entrada de novos concorrentes que tenham desenvolvido tecnologias mais inovadoras e eficientes, atraindo utilizadores e assumindo parte do mercado. Portanto, a análise de elementos diversos, como, por exemplo, a existência de efeitos de rede ou economias de escala capazes de fazer o mercado balançar para uma determinada plataforma, revelam-se fundamentais para a determinação de uma posição dominante nos mercados em causa¹¹⁶. A concorrência potencial nestes mercados requer uma análise dos efeitos expeáveis das ações das empresas, um *forward-looking* de mercados futuros.

Em vez de uma “concorrência no mercado” (*competition in the market*), onde a concorrência é feita em mercados existentes, as empresas competem “pelo mercado” (*competition for the market*) criando novos mercados com novos produtos e serviços. Na economia digital, as empresas concorrem por um novo mercado em vez de uma quota num mercado já estabelecido, criando assim mercados dinâmicos e dependentes da inovação. “Há quem entenda que a existência de concorrentes contribui de forma mais eficaz para uma maior inovação, na medida em que se uma empresa estiver numa situação de monopólio, ou se deparar com poucos concorrentes, não terá tanto interesse em desenvolver novos produtos ou serviços para atrair mais consumidores”¹¹⁷.

Contrário a esta ideia, o economista Joseph Schumpeter considera que os monopólios são uma melhor forma de incentivar a inovação em vez da concorrência. Este considera a concorrência na inovação mais importante que a concorrência no preço, pois é a forma mais eficiente de obter vantagens sobre rivais. Assim, os monopolistas poderão estar mais dispostos a acatar com os riscos e custos de invenções e desenvolvimento tecnológico. Isto é conhecido como a

¹¹⁵ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02), parágrafo 17

¹¹⁶ FERRARI, Lucas Saretta, Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15, p.254

¹¹⁷ ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa, p.23

“Rivalidade Schumpeteriana”, onde empresas competem numa corrida constante para trazer novos produtos ao mercado numa forma de destruição criativa, tanto na economia digital como atacando mercados já estabelecidos. A concorrência é dinâmica e as posições de mercado são de curto-prazo¹¹⁸.

Joseph Schumpeter identifica inovação como o elemento chave da mudança económica, argumenta que a mudança económica gira em volta da inovação, atividades empreendedoras e poder de mercado. Diz-nos que a inovação tecnológica cria monopólios temporários, permitindo lucros anormais que futuramente são acabados por rivais e imitadores concorrentes. Estes monopólios temporários são necessários para estimular e incentivar o desenvolvimento de novos produtos e serviços, tal como modelos de negócio¹¹⁹.

Neste ponto, a questão-chave é a de saber se as mudanças tecnológicas disruptivas poderão desalojar ou não uma empresa dominante da sua posição, sendo esta claramente a principal dinâmica competitiva no caso das plataformas digitais. O perigo de um novo participante com uma tecnologia ou serviço superior superar a empresa em posição dominante tem de ser tido em conta e está sempre presente.

Sendo impossível prever os avanços tecnológicos, é de certa forma, impossível prever as mudanças de posição no mercado. Apesar disto, é possível identificar comportamentos históricos que evidenciam a pressão concorrencial tecnológica nas ações das empresas, que pretendem manter as suas posições fortes no mercado.

As práticas das empresas podem mostrar o nível de pressão que estas sentem sobre o risco de entrada ou expansão e a forma como estas lidam para manter as suas posições no mercado. “O próprio comportamento da empresa em posição dominante pode criar barreiras à entrada, por exemplo quando realizou investimentos significativos que os concorrentes ou as novas empresas teriam de igualar ou quando celebrou contratos de longo prazo com os seus clientes que têm efeitos apreciáveis de encerramento do mercado. Quotas de mercado persistentemente elevadas podem ser indicadoras da existência de barreiras à entrada e à expansão”¹²⁰.

Nos mercados digitais as grandes empresas veem-se em constante ameaça pela inovação e futuras tecnologias que possam surgir, necessitando de manter o mesmo nível de qualidade de serviço que ofereceriam em condições normais de mercado. Assim, estas empresas tentam reforçar as suas posições através dos grandes armazenamentos de *data* que possuem, da sua influência na relação entre

¹¹⁸ JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh, EU Competition Law – Text, Cases and Materials, 7ª edição, Oxford, 2019, p.13

¹¹⁹ Mais informação em “Prophet of Innovation – Joseph Schumpeter and Creative Destruction” – Thomas K. McCraw

¹²⁰ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02), parágrafo 17

compradores e vendedores, anunciantes e potenciais compradores e em pontos fulcrais de acesso a mercados. Para além disto, as empresas para manterem as suas posições muitas vezes expandem o seu poder de mercado para mercados contíguos (*neighbouring markets*).

A concentração de quotas de mercado num único momento não significa necessariamente uma concorrência desequilibrada. Ter uma ou duas empresas que controlam grandes percentagens de mercado é uma indicação de que existe um baixo nível de concorrência no mesmo. Enquanto o mercado for concorrencial, as grandes empresas monopolistas sabem que têm de continuar a melhorar os seus serviços/produtos e satisfazer as necessidades dos consumidores para se manterem à frente dos seus rivais. Existe uma necessidade de constante melhoramento, investimento e inovação devido à ameaça de ser substituído por uma nova empresa. Exemplos disto foram a troca do Myspace pelo Facebook, da AltaVista pela Google, do Lycos pelo Yahoo e da Nokia pelos *Smartphones*. Poderá dizer-se que este argumento histórico não se adequa aos tempos de hoje, como por exemplo a Google estar no topo do mercado de plataformas de pesquisa há anos significativos, ou o Facebook no topo das redes sociais há mais de uma década, sendo o nível de dominância não comparável aos líderes de mercado anteriores¹²¹.

¹²¹ UK Government, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition, 2019, p.38

III. Abuso de Posição Dominante

3.1 Noções introdutórias

A análise do poder de mercado e a definição de mercado relevante, são tipicamente os pontos iniciais e centrais dos casos *antitrust*, e consequentemente, dos casos relativos a abuso de poder dominante. No contexto das regras de concorrência da União Europeia, o maior interesse nas plataformas digitais é relacionado ao abuso do poder dominante que estas possam ter em vários setores.

A lei não nos fornece um conceito de abuso ou exploração abusiva de uma posição dominante. O artigo 102º TFUE apenas lista exemplos de práticas consideradas abusos de posição dominante. Este declara *“incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”*¹²². As práticas abusivas podem consistir em: *“Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”*¹²³.

Assim, podemos considerar que um abuso de posição dominante ocorre quando uma empresa tira vantagens competitivas da sua posição no mercado. O abuso de posição dominante conecta-se ao conceito de posição dominante, pois supõe a existência desta previamente. Os casos de abuso de poder dominante estão dependentes do estabelecimento da existência de uma posição dominante pela empresa em ação, ou seja, sem posição dominante não existe abuso. A detenção de uma posição dominante não é, em si, ilícita. Isto muda quando a empresa utiliza a sua posição para obter vantagens que não teria numa concorrência eficaz. O direito da concorrência não repudia a ideia de posição dominante, esta por si é inofensiva, mas sim o uso abusivo da mesma.

A posição dominante, que pode levar a um comportamento ilegal, a que o artigo 102.º TFUE se refere, diz respeito a “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se em medida apreciável e modo

¹²² Artigo 102º do Tratado do Funcionamento da União Europeia

¹²³ Idem.

independente em relações aos seus concorrentes, os seus clientes e, finalmente aos consumidores”¹²⁴.

Segundo a Comunicação da Comissão¹²⁵ relativa ao artigo 102.º TFUE, ao avaliar casos de abuso de posição dominante são tidos em conta os seguintes fatores para determinar se o comportamento praticado pela empresa é considerado anticoncorrencial e prejudicial ao mercado:

- a posição da empresa dominante no mercado;
- as condições no mercado relevante;
- a posição dos concorrentes da empresa dominante;
- a posição dos clientes ou fornecedores de meios de produção;
- a amplitude do alegado comportamento abusivo;
- eventuais provas do encerramento efetivo do mercado;
- provas diretas de qualquer estratégia de exclusão.

Assim, “existe exploração abusiva de uma posição dominante quando o titular dessa posição utiliza as possibilidades que dela decorrem para auferir vantagens que não obteria numa situação de concorrência praticável e suficientemente eficaz”¹²⁶. Esta vantagem que parte do abuso da sua posição pode ocorrer no próprio mercado onde a empresa possui uma posição dominante ou em mercados adjacentes.

Os abusos de posição dominante são considerados práticas anticoncorrenciais unilaterais. Segundo a OCDE, as práticas anticoncorrenciais abrangem várias práticas empresariais em que a empresa ou grupo de empresas atua com o objetivo de restringir a concorrência entre empresas, para manter ou aumentar o seu poder de mercado e lucros sem necessariamente baixar o preço ou aumentar a qualidade dos seus produtos/serviços”¹²⁷, ou seja, ganhar de forma pouco clara vantagem sobre os seus rivais.

Os abusos de posição dominante podem tomar várias formas. Pode existir um abuso de exploração quando a empresa tenta obter uma vantagem que, se não tivesse esta posição, não conseguiria, ou um abuso de exclusão em que a empresa utiliza a sua posição para influenciar o mercado de forma a controlar a concorrência.

¹²⁴ Ac. do T.J. de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands*, Processo 27/76, EU:C:1978:22, parágrafo 65 e Ac. do T.J. de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG*, Processo 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, parágrafo 38

¹²⁵ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02), parágrafo 20

¹²⁶ SILVA, Miguel Moura e; *Direito da Concorrência*, Almedina, 2008, citando o Memorando da Comissão europeia de 1965

¹²⁷ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012

As plataformas digitais vêm complicar e desafiar a doutrina tradicional, especialmente se considerarmos que a economia e as dinâmicas destes negócios criam incentivos ao crescimento e expansão de lucros e que o controlo de *data* pode levar a comportamentos anticoncorrenciais. Em plataformas online é normal existir uma grande empresa que domina o mercado, devido a efeitos de rede e controlo sobre *data*, existindo assim um número pequeno de empresas que domina os mercados tecnológicos. Os efeitos de rede são reforçados com a popularidade das plataformas e podem levar o mercado a monopólios ou oligopólios, sendo a dominância do mercado levada ao extremo¹²⁸.

As plataformas digitais têm fornecido vários benefícios para negócios, permitindo um alargamento de consumidores territorialmente, dando oportunidades a muitos pequenos negócios de crescer. Ao mesmo tempo, as plataformas dependem destes negócios para criar valor para os seus utilizadores. Apesar de existir uma dependência mútua, as plataformas costumam ter um poder de negociação superior, isto cria um desequilíbrio de interesses e leva potencialmente a práticas injustas. Na base de diversas análises, muitos acreditam que um tratamento diferenciado pelas plataformas, quer através de autopreferência, quer oferecendo termos e condições mais favoráveis a certos negócios, cria problemas concorrenciais. Este tratamento discriminatório é comum em vários mercados e é frequentemente uma característica inerente às integrações verticais¹²⁹.

No mundo da concorrência digital têm surgido vários comportamentos que podem ser considerados abusos de posição dominante, como veremos mais à frente. Práticas relacionadas à alavancagem de poder dominante, autopreferência de produtos, *tying e bundling*, controlo de *data* ou preços predatórios, entre outros.

O controlo de *data* pelas plataformas também pode reforçar a posição das empresas. Acesso a *data* de consumidores permite melhorar serviços e uma análise mais eficiente da procura. O envolvimento em vários mercados pelas empresas digitais permite-lhes utilizar a informação recolhida de um lado para benefício de outras linhas de negócio. Isto leva as empresas a tentar “capturar” vários mercados. A maneira mais eficiente de fazer isto é conseguir quotas de mercado e eliminar rivais, mesmo que isto crie prejuízos de curto-prazo, sendo que a melhor garantia de lucros a longo prazo é o crescimento imediato em utilizadores¹³⁰.

Muitas empresas digitais ganham o seu sucesso através da sua capacidade de autofinanciamento a baixo custo. Este modelo de negócio resulta em perdas altas

¹²⁸ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.785

¹²⁹ GRAEF Inge, Differentiated Treatment in Platform-to Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, Yearbook of European Law, 2019, p.450

¹³⁰ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.786

por longos anos nas empresas digitais, até estas conseguirem um número suficiente de utilizadores. Financiamento significativo é requerido para absorver estas perdas iniciais na esperança de lucros futuros¹³¹.

Apesar do investimento forte feito nas plataformas online para uma rápida coleta de utilizadores, a doutrina não tem considerado isto como uma estratégia, deixando passar esta dinâmica predatória, falhando em analisar a forma como uma plataforma pode recuperar os seus ganhos¹³².

Outro foco da Comissão Europeia relativamente a plataformas digitais refere-se a integrações verticais, incluindo os esforços das plataformas digitais em estender o seu poder de mercado numa área para outros mercados. Para além disto, no caso de plataformas online é necessária uma análise estrutural e dinâmica dos mercados e do papel e comportamentos das empresas nestes, sendo que em muitos casos existem conflitos de interesse relativos ao seu papel intermediário. Isto cria a possibilidade de alavancagem cruzada de diferentes negócios e de condutas predatórias por parte de empresas dominantes¹³³.

Com estas características específicas das plataformas é necessária uma análise minuciosa de como as plataformas digitais obtêm o seu poder de mercado e como os seus comportamentos podem ser abusivos para este, prejudicando os consumidores. É necessária uma análise mais adequada da realidade das plataformas digitais reconhecendo, por exemplo, a circunstância de privilegiarem a acumulação de utilizadores e não a realização (imediata) do lucro, os mecanismos específicos de recuperação de perdas de que dispõem, ou os instrumentos que utilizam para o controlo de *data*. Estes fatores permitem comportamentos abusivos que necessitam de ser regulados.

3.2. Abuso de posição dominante no setor digital

3.2.1. Alavancagem do poder de mercado

Segundo o artigo 102º al.c) TFUE, é considerado um abuso de poder “*aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.*”¹³⁴. Um tratamento diferenciado não é por si problemático, mas pode tornar-se quando desfavorece ou prejudica rivais usando uma aplicação de condições desiguais a transações equivalentes.

¹³¹ UK Government, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition, 2019, p.37

¹³² KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.788

¹³³ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.717

¹³⁴ Artigo 102º do Tratado do Funcionamento da União Europeia

Muitas plataformas digitais têm um papel duplo, por um lado, são intermediários de acesso ao mercado por parte de vários negócios, por outro, a empresa compete com estes ao oferecer os seus próprios produtos e serviços na sua própria plataforma. Esta característica das plataformas permite que estas possam facilmente alavancar o seu poder de mercado para outros setores adjacentes, ou não, ao seu produto principal ou criar desvantagens a rivais que necessitam da plataforma como intermediária para os seus negócios.

Com acesso a grandes volumes de informação (*data*) é de prever que as plataformas dominantes a utilizem para entrar em novos mercados ligados às necessidades que os seus utilizadores têm e onde sabem que existirá uma grande procura.

Podemos dizer que existe uma integração vertical nas empresas de plataformas digitais, sendo que estas produzem os seus próprios produtos e serviços e têm forma de os fazer chegar independentemente aos consumidores. Integração vertical surge quando dois ou mais passos sucessivos de produção e/ou distribuição de um produto estão sob o mesmo controlo, ou seja, quando dois ou mais passos da cadeia de produção de um produto estão conectados. Exemplo disto são as empresas de automóveis que produzem os seus próprios motores e peças e são os seus próprios fornecedores¹³⁵. Esta situação só é proibida quando ameaça a concorrência ou cria uma vantagem injusta.

Existem duas teorias de potencial prejuízo na integração vertical, estas são *leverage* (alavancagem) e *foreclosure* (exclusão). A alavancagem refere-se à possibilidade da empresa usar a sua dominância numa linha de negócio para estabelecer a mesma noutra. Baseia-se na ideia de que uma empresa pode conseguir vantagens da sua posição dominante num produto ou serviço, estendendo a sua posição de alguma forma para outros mercados. *Foreclosure* ocorre quando uma empresa usa uma linha de negócio para criar desvantagens a rivais noutra linha¹³⁶. Difere de alavancagem no sentido que utiliza a integração vertical como ferramenta para restringir oportunidades de rivais não verticalmente integrados¹³⁷.

3.2.1.1. Autopreferência

Uma forma de alavancagem nas plataformas é a autopreferência. Isto ocorre quando as plataformas tratam os seus próprios produtos e serviços

¹³⁵ HOVENKAMP, Herbert, Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency, *Antitrust Law Journal*, 2014, p.983

¹³⁶ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, *Yale L.J.*, vol. 126, 2016, p.731

¹³⁷ HOVENKAMP, Herbert, Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency, *Antitrust Law Journal*, 2014, p.995

preferencialmente em comparação àqueles provenientes de outras entidades, ou seja, a plataforma dá um tratamento especial/preferencial aos seus próprios produtos e serviços quando em competição com outros produtos de entidades exteriores à sua plataforma. O artigo 102.º do TFUE não impõe uma proibição geral de autopreferência pelas empresas dominantes, não sendo uma atuação anticoncorrencial por si¹³⁸.

É claro que pode ser argumentado que dar preferência aos seus produtos e/ou serviços é uma vantagem apropriada de gerência da plataforma. Por outro lado, quando uma plataforma dominante pratica autopreferência, pode resultar num efeito de distorção no mercado e uma recompensa desproporcional para as empresas¹³⁹. A integração vertical pode ser vista como proconcorrencial no sentido que melhora eficiências e diminuiu os custos de transação, mas esta visão aparenta estar a mudar com as plataformas digitais, onde a alavancagem do poder de mercado parece estar a criar conglomerados de várias atividades relacionadas.

A autopreferência cria benefícios significativos para a plataforma e aumenta a sua posição no mercado, mas pode ser considerada um comportamento abusivo e anticoncorrencial, que leva a uma alavancagem do poder de mercado. Este tipo de comportamentos deve ser analisado, pois pode levar a um abuso de posição dominante, criando barreiras à entrada de novas empresas e eliminando a concorrência com os seus efeitos exclusivos.

Por outras palavras, a autopreferência não é um comportamento abusivo por si só, mas deve ser sujeita a uma observação atenta. No caso de integração vertical, plataformas dominantes em mercados com altas barreiras a novas entradas, em que a própria plataforma serve como intermediária, isto tem uma particular relevância. A plataforma dominante teria a responsabilidade de provar a ausência de efeitos adversos à concorrência ou sobrepôr um argumento à lógica da eficiência para poder praticar este tipo de alavancagem.

As empresas podem alavancar o seu poder de mercado a mercados adjacentes, não com motivos maliciosos de gerar mais lucros, mas por motivos de autodefesa, prevenindo a entrada de outros competidores no seu mercado alvo. Nos casos das plataformas digitais, a alavancagem do seu poder de mercado para outros serviços e produtos facilita-se pelo seu papel intermediário¹⁴⁰.

¹³⁸ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.7

¹³⁹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.66

¹⁴⁰ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.65

Algumas empresas poderão tentar alavancar os seus produtos/serviços a mercados complementares ou conectados com o negócio principal da empresa, utilizando o seu papel intermediário e a *data* recolhida do primeiro negócio. Os serviços digitais estão cada vez mais interligados e as grandes empresas oferecem serviços interligados com a criação de uma única conta, como *marketplaces* para aplicações, *cloud services*, serviços de busca de informação e de conteúdos (vídeos, livros, jogos, música, lojas online, email, sistemas de comunicação, etc.). Estes serviços complementares podem ser beneficiados através de autopreferencialismo e criando *lock-ins* de “ecossistemas digitais”¹⁴¹.

Um bom exemplo de autopreferência pode ser visto no caso Google Search (Shopping)¹⁴². Neste caso, foi aplicada à Google uma coima de 2.4 mil milhões de euros por abuso de dominância no mercado de motores de busca. A Google foi acusada de desfavorecimento do serviço de terceiros nos resultados de pesquisas apresentados pela Google, tanto os gratuitos como os pagos, bem como, de uma exposição privilegiada, nesses mesmos resultados de busca, de produtos da própria Google¹⁴³. Ou seja, a Google foi acusada de manipulação do seu algoritmo de ranking de sites competidores nos casos gratuitos e manipulação de resultados de pesquisas pagas, diminuindo o *score* do “Índice de Qualidade” (*Quality Score*). Ora tal índice de qualidade é um dos fatores mais importantes para determinação do preço a ser pago pelos anunciantes à Google e influencia diretamente na exibição e posicionamento de um anúncio nos resultados patrocinados¹⁴⁴.

A Google é um motor de busca genérico, mas que também oferece serviços de busca verticais. Como a Comissão referiu no caso Microsoft/Yahoo!, as pesquisas generalizadas da internet são distintas das pesquisas verticais, pois estas focam-se em segmentos específicos de conteúdo online como, por exemplo, matérias legais, médicas, de viagens, etc. Isto é, ao contrário das pesquisas generalizadas, que usam largas proporções de informação online, os motores de busca verticais focam-se tipicamente nas páginas web relevantes a um tópico predefinido¹⁴⁵. Para além disto, a Google fornece dois serviços de resultados de pesquisa, um para resultados grátis e outro para resultados pagos.

¹⁴¹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.33

¹⁴² Summary of Commission decision of 27 June 2017, Case AT.39740, Google Search (Shopping), C/2017/4444

¹⁴³ FERRARI, Lucas Saretta, Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15, p.244

¹⁴⁴ BANIA, Konstantina, Abuse of Dominance in online search: Google’s special responsibility as the new bottleneck for content access, Revista da Concorrência e Regulação, n.º 14/15, p.214

¹⁴⁵ BANIA, Konstantina, Abuse of Dominance in online search: Google’s special responsibility as the new bottleneck for content access, Revista da Concorrência e Regulação, n.º 14/15, p.226

Neste caso a Comissão Europeia começou por apontar o foco da investigação para a análise de uma suposta exploração de uma posição dominante por parte da Google no mercado global de buscas em linha, quer através do rebaixamento de motores de busca verticais concorrentes na classificação dos resultados de buscas gratuitas fornecidas aos utilizadores, quer pelo tratamento privilegiado dos seus próprios serviços de buscas verticais, tendo como objetivo a eliminação da concorrência em tais mercados¹⁴⁶. Ou seja, ao manipular os resultados das pesquisas, a Google tenta alavancar o seu próprio poder no mercado de pesquisas generalizadas, ao mercado de pesquisas verticais, um mercado conexo ao seu, protegendo e reforçando a sua posição no primeiro e estendendo, igualmente, ao outro a sua influência.

O tratamento preferencial por parte da Google aos seus próprios serviços criou uma diminuição drástica do tráfego de utilizadores nos serviços de buscas verticais concorrentes, podendo este comportamento, como é óbvio, ser considerado uma prática de exclusão. A Comissão Europeia exigiu que o Alphabet garantisse que a Google trataria os serviços concorrentes de comparação de compras de formas não menos favoráveis do que os seus nas páginas de resultados gerais de pesquisa, mas deu-lhe liberdade para escolher entre as várias maneiras disponíveis para fazê-lo¹⁴⁷.

O artigo 7º do Regulamento nº1/2003 permite à Comissão adotar medidas comportamentais ou estruturais com o objetivo de pôr termo a infrações¹⁴⁸. A adoção de soluções comportamentais cria dificuldades quando aplicada a plataformas intermediárias, não só em termos de *design*, mas também com respeito à implementação e monitorização. Soluções relacionadas com a mudança de *design* de um algoritmo de classificação podem ser difíceis de descrever para uma autoridade da concorrência. Nos casos de integração vertical uma solução estrutural de separação legal, operacional, de propriedade, etc. pode não resultar nas plataformas digitais, pois é difícil separar os custos e benefícios em plataformas verticalmente integradas¹⁴⁹.

Até que ponto a discriminação é um problema sobre qual o direito da concorrência se deva debruçar, esta é uma questão extremamente debatida por si só e de difícil resolução através de uma solução meramente comportamental, que, no exemplo em análise, poderia passar por tentar obrigar a Google a não discriminar (solução

¹⁴⁶ FERRARI, Lucas Saretta, Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15, p.244

¹⁴⁷ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.67

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ BANIA, Konstantina, Abuse of Dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access, Revista da Concorrência e Regulação, n.º 14/15, p. 231 e ss

que podia facilmente ser contornada) ou descrever em detalhe a forma como os algoritmos deveriam funcionar (uma solução pouco prática devido à constante evolução dos algoritmos). Apenas uma solução estrutural que separasse de forma satisfatória o Google, como motor de busca, da Google de pesquisas verticais, poderia retirar da equação o incentivo à discriminação. Se esta ação eliminaria realmente uma variedade de eficiências abusivas de controlo de mercado entre estas duas partes da Google, necessitaria de uma análise mais aprofundada¹⁵⁰. Talvez esta fosse uma solução demasiado radical e de difícil aplicação, devendo optar-se por soluções menos restritivas, ou por medidas que possam assegurar o mercado concorrencial antes que o benefício para determinada empresa possa ocorrer.

Outro exemplo deste tipo de comportamento pode ser visto pelo uso da logística/distribuição para uma alavancagem dominante da Amazon. Esta empresa é caracterizada, como muitas plataformas digitais, pelo estabelecimento de domínio através de renúncia aos lucros. A Amazon tem pouco interesse em gerar lucros autonomamente, sendo os investidores que suportam a empresa. O modelo de negócio da Amazon baseia-se em criar uma base de clientes, priorizando o seu crescimento. A chave deste modelo é o investimento agressivo, expandido a empresa e baixando preços, para ser o *marketplace* a que os consumidores vão em primeiro lugar. Nenhum rival conseguiu ainda chegar ao nível de influência que a Amazon tem no mercado¹⁵¹.

A Amazon hoje em dia contém várias linhas de negócio, em adição a ser um revendedor/loja, é: uma plataforma de marketing, de logística, de serviços de pagamento, credor, de casa de leilões, livraria, produtora de filmes e series, *designer* de moda, fabricante de hardware e plataforma de *cloud* e informática. Ora, a expansão da empresa para estes produtos muitas vezes depende da compra de empresas já existentes. Ao estar em várias linhas de negócio, a Amazon faz com que os seus rivais sejam seus clientes, competindo nuns mercados e sendo cliente noutros¹⁵².

Este tipo de negócio cria conflito de interesses, sendo que a posição da Amazon favorece os seus próprios produtos sobre a concorrência. A Amazon controla infraestruturas essenciais para a economia digital criando barreiras à entrada de novos participantes e ganhando vantagem sobre os seus rivais. A sua disposição a ter perdas confunde a análise das autoridades concorrenciais. A estratégia da

¹⁵⁰ GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms' market power?, p.5

¹⁵¹ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.749

¹⁵² KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.710

Amazon é fazer-se indispensável ao *ecommerce*, receber negócios de rivais e recolher informação dos mesmos, que usa para sua vantagem, fortalecendo a sua posição dominante¹⁵³.

A Amazon usou a sua dominância como online *retailer* para conseguir poder negocial significativo nos setores de distribuição/logística. Com este estabelecimento de dominância noutro setor coligado ao seu, a Amazon viu a sua dominância em retalho online aumentar através deste novo atributo da empresa de entregas físicas próprias. Isto mostra como uma empresa pode alavancar a sua plataforma dominante ao sucesso integrando outros setores e criando dinâmicas anticoncorrenciais. Os concorrentes *retailers* são deixados com duas opções: tentam competir com a Amazon em desvantagem ou tornam-se dependentes de concorrentes para distribuição/logística¹⁵⁴. Este tipo de comportamento não é por si claramente uma autopreferência, pois a plataforma não dá simplesmente aos seus serviços uma posição preferencial. Apesar disto, ao fornecer melhores serviços, como mais visibilidade, altas posições de ranking de pesquisas e melhor acesso a consumidores (àqueles que usam a sua logística/distribuição) beneficia a empresa num mercado relacionado, onde pretende excluir a concorrência, embora de forma indireta.

A forma como a Amazon tem alavancado dominância como online *retailer* para integrar verticalmente distribuição é bastante inteligente e mostra como uma empresa pode usar o seu poder dominante num mercado para ganhar vantagens noutras linhas de negócio. Ao não ter em conta fatores estruturais como o poder de negociação, existe uma falha em abordar este tipo de ameaças aos mercados competitivos¹⁵⁵. As autoridades italianas estão a investigar a Amazon focando-se em alegações de que esta discrimina na sua plataforma a favor de terceiros que usam os seus serviços de logística. A Amazon fornece melhores condições aos fornecedores que usam os seus serviços, existindo a sobreposição do mercado logístico com o mercado de retalho¹⁵⁶.

Isto cria um conflito de interesses no mercado, onde a Amazon concorre com comerciantes com os seus próprios serviços e, simultaneamente, distribui as mercadorias destes juntamente com as suas. Os *retailers* independentes ficam assim dependentes de um dos seus rivais e maiores competidores no mercado.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.774

¹⁵⁵ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.778

¹⁵⁶ Autoridade da concorrência Italiana, 'A528—Amazon: Investigação lançada na possibilidade de abuso de posição dominante em "marketplaces" online e serviços logísticos, Press release: 16 de Abril de 2019

Quando as plataformas têm incentivos para privilegiar os seus produtos/serviços e criar desvantagens aos seus rivais é necessário ter em conta os conflitos de interesse que podem surgir das interações verticais e a forma como uma empresa pode usar a sua dominância num setor para criar vantagens noutra, tal como a transmissão de *data* de um setor para outro.

3.2.1.2. *Tying e Bundling*

Uma forma de alavancar o poder de mercado de modo a preferenciar os próprios serviços acontece por *tying* e *bundling*. Os mercados digitais são particularmente vulneráveis a estas práticas, sendo frequente estes comportamentos. Esta estratégia de alavancagem verifica-se na associação de um produto líder de mercado, ou com uma forte imagem, a outro com uma fraca posição no mercado, ou seja, a utilização de poder de mercado relativamente a um produto subordinante para vincular o cliente a um produto subordinado.

Bundling, ocorre quando o fornecedor vende os seus produtos em “pacote”, não disponibilizando qualquer um deles separadamente. Tal pode suceder por via contratual ou mediante integração tecnológica dos produtos, não individualizando a obtenção de um sem o outro. *Tying* ou subordinação em sentido próprio, ocorre quando um fornecedor torna a venda de um produto condicionada à compra de outro produto distinto, mas complementar ao primeiro¹⁵⁷.

Bundling puro ocorre quando dois produtos são apenas vendidos em conjunto, sendo impossível adquirir os produtos individualmente. No caso de *Bundling mixed*, os produtos são oferecidos sozinhos, mas também em modo “pacote”. Contudo, existe um incentivo financeiro à sua compra em conjunto, pois o preço individual dos produtos é mais caro do que a sua aquisição em conjunto. Finalmente, *Tying* ocorre quando alguns produtos num pacote podem ser comprados individualmente, mas outros apenas podem ser obtidos conjuntamente. Sendo as características económicas destas variantes similares, são frequentemente analisadas em conjunto¹⁵⁸.

Esta prática encaixa no artigo 102.º, al. d) TFUE, que considera uma prática abusiva “*subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos*”.

Uma empresa monopolista ou em posição dominante no mercado pode utilizar *tying* para alavancar o seu poder para outros mercados. Com as características dos

¹⁵⁷ SILVA, Miguel Moura e; Direito da Concorrência, Almedina, 2008

¹⁵⁸ HOLZWEBER, Stefan, *Tying and bundling in the digital era* - European Competition Journal vol.14, 2018, p.344

mercados digitais, como os retornos incertos em certos investimentos, as crescentes economias de escala, ou a existência de uma ameaça de entrada constante, existe uma justificação económica para a empresa praticar este comportamento. *Tying* pode ser usado por uma empresa dominante como uma estratégia explícita para impedir os incentivos dos rivais a investir em inovação, prejudicando o bem-estar dos consumidores. A extensão do seu poder dominante a mercados emergentes foi a forma que as empresas encontraram de manter permanentemente o seu domínio nos mercados digitais globalizados. Este tipo de estratégias tende a manter o poder de monopólio no mercado principal, permitindo estendê-lo ao mercado vinculado. Uma aplicação sistemática de alavancagem no setor digital, onde a taxa de crescimento tecnológico é rápida e a dinâmica de criação de mercado é intensa, torna-se um meio para instalar um domínio global¹⁵⁹.

Os mercados secundários são definidos por duas características essenciais: ou o produto ou serviço secundário é utilizado em conjunto com um produto primário, ou o produto/serviço secundário é adquirido após o produto primário, sendo complementar, essencial ou acessório ao principal¹⁶⁰. Normalmente existe um certo grau de interdependência económica entre os mercados dos dois produtos/serviços.

Esta estratégia de alavancagem passa pela ideia de vincular os produtos relacionados ao mercado base da empresa. Os autores argumentam que nos mercados de plataformas digitais, onde a taxa de progresso tecnológico é alta e a vida útil dos produtos pode ser curta, a transferência do poder de monopólio através da vinculação (*tying*) de produtos complementares tem o efeito de desencorajar a entrada de produtores alternativos e a sobrevivência da empresa nos mercados. É preciso considerar que um produto implantado por uma empresa monopolista pode tornar-se obsoleto pelo surgimento de outro desenvolvido num novo mercado, existindo assim um incentivo tanto de alavancagem como de *foreclosure*¹⁶¹. O agrupamento de vários produtos numa empresa, se rentável, pode ser usado para excluir um rival acima de si.

As plataformas em posições de poder ganham assim incentivos para acelerar o ritmo da inovação e agrupar rapidamente as novas gerações de produtos primários com os produtos complementares, a fim de tornar o seu poder de monopólio duradouro no mercado principal e no mercado das empresas complementares¹⁶².

¹⁵⁹ CIRIAN, Stéphane, LEBORGES, Marc, *The Market Dominance of US Digital Platforms: Antitrust Implications for the European Union*, 2017, p.4

¹⁶⁰ FERRO, Miguel Sousa, *A Definição de mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência*, Almedina, 2015, p.446 e 447

¹⁶¹ CIRIAN, Stéphane, LEBORGES, Marc, *The Market Dominance of US Digital Platforms: Antitrust Implications for the European Union*, 2017, p.5

¹⁶² Idem.

Isto ajuda as empresas a ultrapassar os efeitos de *multi-homing*, criando ecossistemas de produtos que mantêm os utilizadores nos seus serviços.

Podemos exemplificar, uma vez mais, com algumas práticas da Google, onde os fabricantes que pretendem instalar o Google Play nos seus produtos, necessitam também de pré-instalar outros aplicativos do Google (como a Pesquisa Google e o Google Navegador Chrome), tendo de instalar todas as *apps* especificadas, mesmo preferindo outras. Para além disto, a Google requeria que os ícones das *apps* fossem colocados em sítios específicos. Se considerarmos que o Google Play é tido como a maior loja de aplicativos para Android, então é natural os comerciantes pretenderem oferecê-lo aos seus clientes. Por outro lado, a vinculação de outros aplicativos (Pesquisa, Chrome, entre outros) cria uma vantagem para a Google e os seus produtos, prejudicando concorrentes e aumentando a sua posição dominante, pelo destaque assim obtido na maioria dos dispositivos¹⁶³. Isto leva as *apps* a ser desenhadas especificamente para Apple's iOS e Google's Android, não existindo interesse em desenhar para outras marcas com menor poder de mercado.

Por tudo isto, no Caso Google Android¹⁶⁴, a Comissão Europeia considerou que a Google associou ilegalmente a sua *app* de busca e de pesquisa (Chrome) à sua loja de *apps* (Playstore), que é um essencial para os utilizadores de Android.

3.2.1.3. Exploração de *data*

Como referido anteriormente, a *data* pode fornecer várias vantagens concorrenciais às empresas e ajudar a estabelecer e manter posições dominantes de mercado. Ora, a coleta e armazenamento de grande volume e variedade de informação pelas empresas pode ser utilizada de forma a destabilizar a eficiência de mercados onde a empresa é dominante, bem como de mercados complementares.

Existe uma relação padrão de “dar e tirar” entre as plataformas intermediárias e os seus utilizadores. Exemplo disto é a *data* que uma rede social recebe em retorno pelo uso da plataforma, como é o caso dos utilizadores do Facebook que deixam que este colete e use a sua informação e anuncie publicidade-alvo no seu *feed*. Ou, no caso de utilizadores empresariais, o exemplo da Google que responde às necessidades dos utilizadores através de links-alvo, beneficiando não só a si, pelo

¹⁶³ CORNIÈRE, Alexandre de, TAYLOR, Greg, Upstream Bundling and Leverage of Market Power, 2018, p.2

¹⁶⁴ Summary of Commission Decision of 18 July 2018, Case AT.40099, Google Android, C/2018/4761

serviço mais personalizado, mas também os anunciantes, através de tráfico conduzido para os seus produtos e serviços¹⁶⁶.

Esta relação de “dar e tirar”, contudo, torna-se desequilibrada quando as plataformas adquirem poder de mercado. Isto pode levar a uma exploração dos utilizadores, não na forma tradicional de preços excessivos (os serviços são muitas vezes gratuitos), mas diminuindo a qualidade de serviço ou a privacidade e coletando mais informação. Apesar de algumas formas de exploração poderem ser controladas através de regulação, existem casos onde a Comissão deve intervir para prevenir que as plataformas digitais tenham condutas exploratórias¹⁶⁷.

O papel da *data* pode afetar a análise de casos concorrenciais, através de, por exemplo, recusa de acesso; discriminação de acesso a *data*; contratos exclusivos, vendas vinculadas de uso cruzado de conjuntos de dados e uso de dados como veículo para discriminação de preços¹⁶⁸.

As empresas dominantes podem recusar acesso a *data* por empresas mais pequenas. Debates têm ocorrido sobre se este comportamento é considerado um abuso de posição dominante e leva a um *foreclosure* do mercado. Se for este o caso, o acesso a *data* tem de ser analisado tendo em conta o artigo 102º TFUE. Para além disto, acesso a *data* pode criar desafios relativamente a fusões entre empresas. A *data* não é só um elemento essencial para a inovação, através da partilha e agrupamento da mesma, mas pode também ser considerada um veículo para troca de informação comercial importante e afetar custos e preços de um mercado, incentivando o conluio entre empresas¹⁶⁹.

Para além disto, a *data* pode ser utilizada para alavancar o poder de mercado para mercados subjacentes, o exemplo mais claro de como uma empresa alavanca o seu poder sobre negócios online é a Amazon Marketplace, onde comerciantes terceiros vendem os seus produtos. Sendo que a Amazon tem controlo de grande parte das quotas de tráfico *ecommerce*, muitos pequenos comerciantes têm necessidade de usar a sua plataforma. Um comerciante observou: “não é possível ser um vendedor de alto volume online sem estar na Amazon, mas os vendedores têm noção que a Amazon é o seu principal rival”¹⁷⁰.

A Amazon parece usar o seu *Markertplace* “como um laboratório de novos produtos para vender, testar vendas de potenciais produtos e exercer controlo sobre

¹⁶⁶ GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms’ market power?, p.10

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Autorité de la Concurrence e Bundeskartellament, Competition Law and *data*, 2016

¹⁶⁹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.91

¹⁷⁰ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon’s Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.781

preços”. A Amazon usa a informação das vendas de comerciantes exteriores para tomar decisões que os coloquem em vantagem. Ao identificar produtos com boas vendas, a Amazon vende os mesmos depois de terem sido já testados no mercado pela empresa principal, sendo provavelmente capaz de os oferecer a um preço mais baixo e de favorecê-los em pesquisas. As consequências anticoncorrenciais são a exploração dos seus rivais pela Amazon. O poder da Amazon vem da sua plataforma dominante nascendo da criação de dependência dos seus vendedores; da sua integração vertical de várias partes de um setor e da sua habilidade em coletar enormes quantidades de *data*¹⁷¹.

Em Outubro de 2019 a Comissão Europeia iniciou uma investigação sobre o possível comportamento anticoncorrencial da Amazon, com o objetivo de analisar se o uso, pela Amazon, de *data* sensível de outros vendedores independentes (terceiros) da sua plataforma vai contra as regras da concorrência da União Europeia, já que o seu papel intermediário e o uso de dados sobre a atividade dos seus clientes na plataforma parecem estar a ajudar as vendas e transações dos seus próprios produtos¹⁷².

Se entendermos que a Amazon tem vantagens concorrenciais com a coleta de quantidades enormes de *data*, que utiliza para se sobrepor aos seus rivais, torna-se obrigatória uma análise formal deste comportamento, para averiguar se tal é anticoncorrencial. Ainda para mais, quando se sabe que este tipo de comportamento não se cinge, obviamente, apenas à Amazon, sendo visto em geral nas plataformas digitais¹⁷³.

Uma coisa é clara, o acesso a *data* é extremamente proveitoso para a concorrência entre empresas e para a inovação. Com este entendimento sobre a *data*, a ideia de uma difusão e uso desta por um número maior de empresas seria o desejado. Contudo, esta dispersão de *data*, de um ponto de vista do bem-estar social e de uma perspetiva de concorrência, leva a preocupações de privacidade, relativamente à informação pessoal dos utilizadores e a segredos de negócio ou de propriedade intelectual. Para além disto, o acesso a mais *data* por empresas dominantes tende a contribuir para a fixação da dominância e alavancagem do poder de mercado¹⁷⁴. Assim, é também necessária uma análise das fusões entre empresas, onde o controlo de *data* concentrada pode levar a efeitos anticoncorrenciais.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Press release: Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon, Julho 2019 em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

¹⁷³ GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms’ market power?, p.7

¹⁷⁴ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.76 e 77

Finalmente é necessário referir que a União Europeia está fortemente comprometida na proteção de *data* pessoal, estabelecida no artigo 8º da Carta do Direitos Fundamentais da União Europeia. Para além disto, existe ainda a *General data Protection Regulation*, que define quando e como os dados pessoais podem ser utilizados, tendo consequências de longo alcance para a maneira como estes podem ser recolhidos, negociados e partilhados¹⁷⁵. Isto cria uma estrutura legal para a economia digital e para a forma como os mercados funcionam nas áreas relacionadas a *data* pessoal.

3.2.2. MFN (Best-Price Clauses)

Nas relações comerciais onde existem transações é frequente as empresas garantirem aos seus clientes que vendem pelo preço mais baixo possível. Estas garantias são baseadas na ideia de que os seus fornecedores não venderão os seus produtos a um preço mais baixo por outros canais de vendas¹⁷⁶.

As plataformas digitais investem em algoritmos e *softwares* que transmitem informação aos seus clientes e tentam juntá-los com as melhores ofertas para as suas necessidades. Estes investimentos aumentam a probabilidade de sucesso de unir vendedores e compradores, mas também, aumentam a probabilidade dos compradores encontrarem o que necessitam e completarem a sua compra noutra site, onde o preço é menor¹⁷⁷. A solução encontrada pelas plataformas para combater este problema foi através de cláusulas contratuais de restrição dos vendedores, onde estes não poderão vender os seus produtos por um preço menor noutras plataformas ou mesmo nos seus próprios canais de vendas (MFN's).

Estas cláusulas, designadas *Most Favoured Nation* (MFN) ou *Best-Price clauses*, podem afetar a concorrência entre plataformas e abrandar os incentivos destas em competir através da oferta de comissões baixas. Existem dois tipos de MFN's no contexto de plataformas online, as cláusulas *wide* e as cláusulas *narrow*. Cláusulas MFN's *narrow* são aquelas impostas por plataformas requerendo que os seus vendedores não ofereçam ou listem preços mais baixos ou melhores termos nos seus próprios *websites* do que na plataforma. Já as cláusulas MFN's *wide* são impostas por uma plataforma requerendo que os seus vendedores não ofereçam ou listem preços mais baixos ou melhores termos em qualquer outro lado para além da plataforma, ou seja, nos seus *websites* e noutras plataformas. As cláusulas MFN's também podem não ser relacionadas a preços, por exemplo requerendo aos

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.55

¹⁷⁷ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms em: www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm, p.218

vendedores que ofereçam a mesma linha de produtos, melhores serviços ao consumidor ou condições na plataforma, do que nos seus *websites* ou em outras plataformas¹⁷⁸.

As cláusulas MFN's tem efeitos proconcorrenciais e anticoncorrenciais dependendo das especificidades do mercado, criando uma necessidade de análise caso a caso. De um ponto de vista proconcorrencial, estas cláusulas são favoráveis na medida em que tranquilizam a plataforma de que os seus fornecedores não venderão os seus produtos a outras plataformas por um preço menor, encorajando a plataforma em investimentos de apoio aos produtos e fornecedores. Por outro lado, pode ser argumentado que este tipo de cláusula pode diminuir a concorrência e facilitar conluio entre empresas, criando acordos de desvios de preço¹⁷⁹.

OS MFN's nem são anticoncorrenciais nem proconcorrenciais, os seus efeitos dependem dos mercados onde se inserem. Estas cláusulas criam preocupações para as autoridades concorrenciais relativas a restrições concorrenciais e possíveis aumentos de preços. Existindo um abstrato de práticas e teorias de possível favorecimento ou prejuízo das eficiências de mercado, o que torna premente a necessária discussão destas cláusulas caso a caso¹⁸⁰.

Os mercados digitais estão sujeitos há mesmas regras de concorrência que outras transações, no entanto, nestes mercados estamos perante características únicas. Estas características surgem em casos como a *Amazon Ebook* e o caso *Booking.com* perturbando a análise de várias autoridades concorrenciais¹⁸¹.

Relativamente ao site *Booking.com*, este impunha aos hotéis que não vendessem estadias a um preço mais barato do que o anunciado nesta plataforma. Nem através do seu próprio site, nem por outros meios, como noutras plataformas ou mesmo diretamente através do hotel. Assim a plataforma perde qualquer preocupação com o facto de que os consumidores possam pesquisar o hotel pretendido no respetivo site, indo diretamente ao website ou à aplicação do hotel, ou noutra plataforma e reservem quartos a um preço mais baixo¹⁸².

As autoridades alemãs, por exemplo, proibiram estas cláusulas, tanto as MFN's *narrows*, como as *wide* utilizadas pelo *Booking.com*. As autoridades descobriram que estas cláusulas bloqueavam a oferta de preços menores e restringiam a concorrência entre as plataformas existentes, tornando mais difícil a entrada de

¹⁷⁸ VANDENBORRE, Ingrid, JANSSENS, Caroline, MFN Clauses and Antitrust Enforcement: on a slow path to converge? CPI ANTITRUST CHRONICLE SEPTEMBER 2019

¹⁷⁹ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.55 e ss

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Idem.

novas plataformas no mercado. No caso Booking.com, a empresa propôs melhorar as suas cláusulas *wide* para que não existisse limitações e restrições dos preços nos *websites* dos hotéis. As autoridades alemãs consideraram esta proposta igualmente restritiva e proibiram ambas. Em junho de 2019 a decisão foi revista e uma abordagem diferente foi proposta e a decisão anterior anulada. O tribunal indicou que MFN's *narrow* não são restritivas para a concorrência, mas em vez, são necessárias para assegurar uma troca de serviços justa e equilibrada entre as agências de viagens online e os hotéis. O tribunal permitiu o uso destas para prevenir um redireccionamento desleal de consumidores das plataformas para os *websites* dos hotéis. Em contraste com esta abordagem, as autoridades francesas, italianas e suecas aceitaram os acordos com a Booking.com. Como resultado disto a Booking.com aplicou estas cláusulas modificadas em outros estados-membros¹⁸³.

As autoridades concorrenciais concordaram que as MFN's *wide* levariam a uma redução da concorrência entre as plataformas, onde as plataformas de reservas teriam menos razões para oferecer baixas comissões a hotéis, levando a preços mais altos de quartos de hotéis e poderiam ter um efeito adverso na habilidade das plataformas mais pequenas competirem ou entrarem no mercado, sendo que não conseguem diferenciar as suas ofertas em preço. As MFN's *narrow* foram consideradas como cláusulas que criam um balanço, e ajudam a restaurar a competição, simultaneamente preservando as pesquisas favoráveis aos consumidores e a comparação de serviços, encorajando o crescimento da economia digital¹⁸⁴.

O uso de qualquer forma de MFN's em plataformas de reservas online tem sido claramente proibido em França, Itália, Áustria e Bélgica, enquanto que o uso de MFN's *narrow* neste setor tem sido seguido pelos tribunais suecos e alemães. Ambos os *wide* e *narrow* MFN's estão ainda a ser monitorizados em outras jurisdições, incluindo a Comissão Europeia, como outros setores¹⁸⁵.

As cláusulas MFN's *wide* têm sido consideradas proibidas em acordos anticoncorrenciais, pois o seu uso por plataformas dominantes pode ser considerado como um abuso de posição dominante pelos seus efeitos exclusivos. Esta foi a abordagem da Comissão Europeia no caso dos *ebooks* da Amazon. A Amazon exigia que os fornecedores dos livros eletrónicos a notificassem das condições mais favoráveis ou alternativas oferecidas noutros locais e solicitavam a oferta à Amazon de termos similares ou melhores. A Comissão decidiu que estas

¹⁸³ VANDENBORRE, Ingrid, JANSSENS, Caroline, MFN Clauses and Antitrust Enforcement: on a slow path to converge? CPI ANTITRUST CHRONICLE SEPTEMBER 2019

¹⁸⁴ Idem.

¹⁸⁵ Idem.

cláusulas poderiam reforçar a posição dominante da Amazon no mercado relevante, através da redução da habilidade e incentivos dos fornecedores de *ebooks* e de plataformas concorrentes de desenvolver novos modelos de negócio. A Amazon ofereceu a possibilidade de terminar o uso destas cláusulas à Comissão¹⁸⁶.

Devido à variedade de teorias de prejuízo e eficiências que podem ser aplicadas a estas práticas e a variedade de normas, funcionalidades e *designs* das plataformas é impossível desenhar regras gerais sobre o que é permitido ou não e assim, será necessária uma abordagem caso a caso.

Em junho de 2019 a União Europeia publicou um regulamento relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores empresariais de serviços de intermediação em linha, onde regula as cláusulas contratuais gerais e o tratamento diferenciado de bens e serviços nos contratos P2B (*platform to business*)¹⁸⁷.

3.2.4. Preços Predatórios

Outra prática abusiva são os preços discriminatórios, onde “a aplicação de condições diferenciadas a transações equivalentes pode ser, ou não, um abuso de posição dominante”. Poderão existir situações em que esta prática tenha como objetivo afastar concorrentes do mercado (preços predatórios), mas pode também ser uma prática não nociva para a concorrência, ou até mesmo ser um sinónimo de uma concorrência imperfeita¹⁸⁸.

Estamos perante um abuso de posição dominante por preços predatórios quando uma empresa dominante oferece os seus bens ou serviços a preços muito baixos, incorrendo em perdas durante um determinado período de tempo, com vista a forçar a saída do mercado de empresas rivais, disciplinar o seu comportamento ou dissuadir a entrada de potenciais concorrentes. Preços predatórios são assim uma espécie de “investimento”, que se traduz na aceitação de perdas imediatas, com vista à obtenção de lucros futuros proporcionados por uma posição de “monopólio”¹⁸⁹.

Segundo as orientações da Comissão relativas ao artigo 102º TFUE, se a análise sugerir claramente que um concorrente de igual eficiência consegue efetivamente concorrer com as práticas de preços da empresa em posição dominante, então a Comissão assumirá que não existe um perigo para a concorrência e não intervirá.

¹⁸⁶ Summary of Commission Decision of 4 May 2017, Case AT.40153, E-book MFNs and related matters (Amazon), C/2017/2876

¹⁸⁷ Regulamento 2019/1150 (UE)

¹⁸⁸ GOMES, José Luís Caramelo, Lições de Direito da Concorrência, Almedina, 2010, p.68

¹⁸⁹ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, Abuso de Posição Dominante, Almedina, 2012, p.219

Se, pelo contrário, a informação sugerir que o preço cobrado pela empresa em posição dominante tem o potencial de encerrar o mercado aos concorrentes de igual nível de eficiência, então a Comissão intervirá, avaliando o mercado e as consequências da prática. A empresa dominante pode, ainda assim, demonstrar que o seu comportamento é objetivamente necessário, demonstrando que o mesmo produz ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores, justificando assim a sua atitude.¹⁹⁰

Estamos perante um abuso de posição dominante por prática de preços predatórios, quando existe a detenção de uma posição dominante no mercado onde esta é levada a cabo, ou num mercado adjacente, sendo clara a demonstração da existência de um sacrifício, de um efeito anticoncorrencial e da inexistência de uma justificação objetiva¹⁹¹.

Atualmente, a lei da concorrência tem o foco no bem-estar dos consumidores e não dos produtores ou na “saúde” do mercado, com isto, a doutrina vê preços baixos como evidência de uma concorrência eficiente¹⁹². À primeira vista este preço baixo parece positivo para os consumidores, mas, a longo-prazo, irá prejudicar o mercado e diminuir a concorrência, podendo levar a um aumento do preço, depois do afastamento da concorrência.

A prática de preços predatórios não está expressamente prevista no artigo 102º TFUE, mas pode ser integrada em “Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda, ou outras condições de transação não equitativas”¹⁹³. Esta prática tem de criar um encerramento anticoncorrencial e um sacrifício¹⁹⁴ para a empresa dominante.

A técnica de preço predatório pode ser utilizada por grandes empresas para levar os seus rivais à falência e destruir a concorrência. A abordagem dominante em casos concorrenciais e de bem-estar dos consumidores é na medição de benefícios e prejuízos dos consumidores na forma de preços baixos ou altos, respetivamente. Debaixo desta estrutura, não existe qualquer preocupação com práticas

¹⁹⁰ Comunicado da Comissão (2009/C 45/02), parágrafo 28

¹⁹¹ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abuso de Posição Dominante*, Almedina, 2012

¹⁹² KHAN, Lina M., *How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox*, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.716

¹⁹³ Artigo 102º al.a), Tratado do funcionamento da União Europeia

¹⁹⁴ Comunicação da Comissão (2009/C 45/02) paragrafo 26: A incapacidade de cobrir o custo evitável médio (CEM) indica que a empresa em posição dominante está a sacrificar os lucros a curto prazo e que um concorrente com o mesmo grau de eficiência não consegue servir os clientes em causa sem sofrer perdas. O custo marginal médio a longo prazo (CMMLP) é normalmente superior ao CEM porque, ao contrário deste último (que só inclui os custos fixos se estes tiverem ocorrido durante o período em análise), inclui os custos fixos específicos do produto ocorridos antes do período durante o qual se registou o comportamento alegadamente abusivo. A incapacidade de cobrir o CMMLP indica que a empresa em posição dominante não está a cobrir todos os custos fixos (imputáveis) à produção do bem ou serviço em causa e que um concorrente igualmente eficiente poderia ser excluído do mercado.

predatórias, que são um elemento essencial para a estratégia de plataformas dominantes a fim de monopolizar e fazer crescer o seu mercado. Esta prática resulta em preços baixos para consumidores em curto/medio-prazo, até os concorrentes serem “empurrados” para fora do mercado. Depois os preços voltam a aumentar e as opções de escolha diminuem, devido há inexistência de concorrentes no mercado. Contudo, erradamente, nem sempre estas práticas entram nas preocupações das autoridades concorrenciais, principalmente devido aos benefícios iniciais de preços baixos¹⁹⁵.

Há ainda a considerar, nestas observações, que esta prática pode ser algo irracional e, por isso mesmo, raramente ocorre, uma vez que não existe a certeza de que ao baixar os preços, isto irá conduzir os concorrentes à saída do mercado. Para além disto, mesmo se um concorrente sair do mercado será necessário manter o preço de monopólio por tempo suficiente para bloquear a entrada de novos rivais e saber que só posteriormente se poderão recuperar as perdas iniciais, que tem de ser tidas em conta. A incerteza de sucesso juntamente com a garantia de custos faz o preço predatório pouco atrativo e, assim, pouco provável¹⁹⁶.

Apesar disto, um fornecedor pode considerar lucrativo cobrar preços mais baixos num período inicial da vida do produto para estabelecer uma maior base de clientes, o que por si faz a plataforma mais atrativa futuramente e consequentemente, permite ao fornecedor aumentar os preços. Este tipo de prática pode ser lucrativo mesmo quando uma empresa monopolista não enfrenta qualquer risco de entrada de novos concorrentes no mercado, o que revela que esta prática pode ser motivada por outros motivos para além da exclusão¹⁹⁷.

Para analisar tal motivo seria necessário determinar se a prática da empresa seria lucrativa no caso de concorrentes não enfraquecerem (onde rivais pudessem continuar a oferecer o mesmo produto de forma igual). Torna-se necessário criar uma projeção do futuro, o que é complicado devido às expectativas dos consumidores e potenciais estratégias de negócio que possam surgir¹⁹⁸.

Nas plataformas digitais conseguimos ver esta técnica a ser utilizada para estabelecer dominância estrutural nos mercados. Exemplo deste tipo de comportamento foi visto na prática de baixar preços abaixo do custo dos *ebooks* Bestsellers por parte da Amazon. Ora, a Amazon entrou no mercado *ebook*

¹⁹⁵ United Nations Conference on Trade and Development Competition issues in the digital economy 2019, p.5

¹⁹⁶ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.726 e 727

¹⁹⁷ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, p.23

¹⁹⁸ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, p.108

colocando os livros mais vendidos (*Bestsellers*) abaixo do seu custo, ganhando dominância de mercado no mercado de livros eletrônicos¹⁹⁹.

Ao analisar preços predatórios em plataformas digitais é necessário ter em conta o seu papel intermediário que lhes permite oferecer produtos e serviços do seu ecossistema digital a um preço significativamente mais baixo com o qual os seus rivais não conseguem competir. Em muitos casos, as plataformas digitais estão dispostas a incorrer em perdas substanciais para assegurar uma dominância dos consumidores e consequentemente do mercado²⁰⁰.

Importa ainda referir a necessidade de uma análise conjunta das plataformas digitais com os seus ecossistemas, ou seja, uma análise dos vários produtos e serviços da empresa, tendo em conta a recuperação de perdas pela prática de preços predatórios através de outras formas, e não necessariamente através do aumento de preços a consumidores.

Por tudo o que aqui se refere e exemplifica, comprova-se que não devemos identificar preços predatórios apenas através de testes em volta do ratio preço-custo, mas também ter em conta os mecanismos específicos que cada empresa tem para recuperar os custos e obter lucros, não ficando limitados apenas ao facto de saber se a empresa antecipou recuperar o seu investimento ou até a perda do mesmo²⁰¹.

Rever a doutrina de preço predatório onde empresas podem “afundar” dinheiro, ao longo de anos, tendo investimento ilimitado, implicaria abandonar o requerimento de recuperação de perdas nos casos de preço a baixo custo em plataformas dominantes. Em primeiro lugar, as empresas podem aumentar preços anos depois do preço predatório original, ou aumentar preços em produtos não relacionados. Em segundo lugar, as empresas podem aumentar preços através de preços personalizados e discriminados. E, por fim, preços predatórios podem levar a irremediáveis prejuízos ao mercado, mesmo a empresa não aumentando os preços. No final, em termos de bem-estar dos consumidores, tudo isto se pode refletir em perda de qualidade e de diversidade de escolha²⁰².

¹⁹⁹ Mais informação em: KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.756 e ss

²⁰⁰ Shaping Competition Policy in the Era of Digitisation Response to the European Commission's Call for contributions, 2018, p.7

²⁰¹ OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, p.104

²⁰² KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.791

IV. Como lidar com os mercados digitais – Dois modelos para abordar o poder das plataformas

4.1. Breves Considerações

Atualmente as maiores empresas mundiais são empresas tecnológicas²⁰³. O desenvolvimento rápido das grandes plataformas digitais veio melhorar o estilo de vida dos consumidores no século XXI, e, como é padrão na economia de mercados, as empresas pioneiras conseguiram estabelecer poder de mercado e ganhar os lucros associados a este. Estas empresas expandiram-se a níveis globais e consequentemente, vão para além da abrangência do poder e legislação de governos nacionais. O Facebook, por exemplo, com mais de 2.5 bilhões de utilizadores²⁰⁴ ultrapassa a população Chinesa, ou o Google, que controla 88% das pesquisas online globalmente²⁰⁵. As plataformas nesta escala controlam sistemas económicos maiores do que as maiores economias mundiais²⁰⁶.

O alto poder de mercado associado com as especificidades dos mercados digitais cria preocupações para a concorrência, como a barreira à entrada de novos concorrentes e a dimensão de pressão competitiva no mercado. Estas preocupações relativas à persistência de poder de mercado em vários setores tem levado muitos *decision-makers* a defender a adoção de uma nova abordagem.

Nos últimos anos, muitas escolas e professores têm debatido extensamente os desafios que as plataformas digitais trouxeram para a lei da concorrência, focando-se nos mercados bilaterais ou multilaterais e nos efeitos de rede que estes contêm; na definição de mercado relevante; de poder de mercado e na forma de aplicação da lei nos casos de abuso de poder dominante. Recentemente a sua atenção mudou principalmente para o papel da *data*, da inovação e das plataformas enquanto intermediárias²⁰⁷.

Diante deste cenário, muitos governos propõem reformas drásticas às suas políticas concorrenciais. Outros acreditam que a regulação destes casos pode ser mais eficaz, uma vez que problemas similares nascem continuamente e uma intervenção preventiva se torna necessária²⁰⁸.

Com isto, as investigações das autoridades concorrenciais tentam encontrar formas de determinar o mercado relevante e o poder de mercado; entender quando novas

²⁰³ Segundo a PWC, a Microsoft, Apple, Amazon, Alphabet, Facebook e Alibaba, fazem parte do top 10 de empresas mundiais por capitalização de mercado – PWC, Global Top 100 companies by market capitalisation, July 2019 in <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/global-top-100-companies2019.pdf>

²⁰⁴ STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>

²⁰⁵ STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>

²⁰⁶ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.60

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.70

práticas de empresas dominantes criam desafios anticoncorrenciais; entender como o uso, armazenamento e coleta de *data* individual impacta a concorrência e perceber o papel das *startups* e inovadores tecnológicos nas concentrações, quando adquiridos por concorrentes estabelecidos no mercado. As autoridades concorrenciais têm de balancear os potenciais riscos de uma análise ou excessiva ou não suficiente. Apesar de na opinião corrente os princípios tradicionais serem considerados suficientes para fazer frente aos mercados digitais, estas preocupações pedem uma estrutura mais detalhada de análise e avaliação de problemas que possam surgir futuramente.

Atualmente, existem dois principais temas conceptuais em discussão relativamente à abordagem da lei e política concorrencial para com as plataformas digitais. De um lado, entende-se que as plataformas digitais devem ser sujeitas apenas às regras da concorrência, deixando a interação das forças anónimas do mercado fazer nascer espontaneamente os resultados desejados e controlando aqueles considerados anticoncorrenciais. Por outro lado, não dispensando o papel de uma abordagem *ex-post* do direito da concorrência, debate-se a necessidade de uma abordagem *ex-ante*, em certos casos, intervindo nas plataformas digitais através de um controlo regulatório, onde se habilitará uma autoridade administrativa para impor os resultados desejados através de imposições jurídicas diretas no domínio dos preços e da produção²⁰⁹. Para além disto, dentro da primeira opção, existe uma reflexão sobre uma possível reforma das ferramentas económicas tradicionais, para que estas reflitam um entendimento da forma como os mercados online operam.

Os defensores de uma abordagem regulatória argumentam que as políticas atuais não estão desenhadas para estes mercados e para as características específicas da internet, levando a monopólios mundiais. Consideram alguns *mercados* digitais como *essential facilities* que necessitam de regulação e realçam os erros nas definições de mercado relevante, a falta de entendimento das especificidades das plataformas digitais e consideram o ênfase no papel da *data* excessivo. Veem vários monopólios virtualmente intocáveis e assim, livres para agir de forma anticoncorrencial sem as ameaças disciplinares usuais.

Ainda assim, alguns não veem qualquer necessidade numa intervenção regulatória, apontando a flexibilidade do direito da concorrência para assegurar a concorrência nos mercados online. Isto não significa que as normas tradicionais são suficientes por si, a aplicação robusta da lei sem um entendimento das realidades económicas pode criar mais prejuízos do que benefícios. Sendo a essência deste direito a proteção dos consumidores, deve colocar-se o ênfase na identificação clara dos comportamentos empresariais que os prejudicam.

²⁰⁹ SILVA, Miguel Moura e; Direito da Concorrência, Almedina, 2008

4.1.1. Papel Intermédio das plataformas

Como já brevemente referido em capítulos anteriores, as plataformas atuam como “autorreguladores”, estabelecendo regras de atuação dos seus próprios mercados, através do seu papel intermediário.

Este poder intermediário pode ter diferentes formas dependendo das funcionalidades da plataforma. Por exemplo, um motor de busca criará regras em volta do seu algoritmo e serviço específico, mas outras plataformas, como os *marketplaces*, podem ir para além de regras nos seus serviços: administrando a forma como os utilizadores interagem, através da regulação de acesso e exclusividade da plataforma; regulando a forma como os vendedores apresentam os seus produtos; controlando o acesso a *data* e a informação gerada pela plataforma; impondo um padrão mínimo para as entregas e políticas de retorno de produtos; criando contratos modelo; impondo controlos nos preços e nas cláusulas MFNs, etc.²¹⁰.

Estas regras influenciam a forma como a competição ocorre no mercado. O papel duplo das plataformas, como operadoras de si próprias e em simultâneo utilizadoras, certamente influencia as suas práticas e a forma como atuam no mercado e sobre a concorrência.

Reconhecendo este papel intermediário das plataformas digitais, como um aspeto importante para o seu entendimento, podemos compreender melhor as implicações concorrenciais das suas práticas e, assim, analisá-las de modo mais eficiente, bem como distinguir com maior fiabilidade as condutas proconcorrenciais das anticoncorrenciais²¹¹.

Com o papel intermediário e, consequentemente, o papel autorregulador dos mercados, as plataformas dominantes ganham a responsabilidade de assegurar uma concorrência justa, imparcial e a favor dos consumidores nas suas plataformas. As plataformas têm, por isso, a responsabilidade de garantir o bom funcionamento concorrencial do mercado, atuando sem o uso do seu poder para o afetar e sem regras anticoncorrenciais, discriminatórias ou de exclusão²¹².

As plataformas intermediárias implementam regras multidimensionais e universais, como escolhas de *design* (classificações, opções padrão, estratégias, filtros de busca); sistemas de recomendações, feedback e pagamento; regimes de disputas de liquidações e regras de relações entre plataformas e utilizadores (prestação de pagamentos, alocação de responsabilidade, partilha de informações, proibição de venda de mercadorias falsas ou “imorais” ou não apropriadas para a plataforma); ou ainda regras domiciliárias (de conduta da plataforma como limitar expressões e escrita); de mercado (restringindo os tipos de mecanismos de leilão

²¹⁰ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.60 e ss

²¹¹ Idem.

²¹² Idem.

que podem ser usados); relativas à forma como terceiros podem interagir na plataforma, etc.²¹³.

Este tipo de imposições não é específico ao mundo digital. Isto não é uma nova teoria, podemos ver este tipo de requerimentos nas associações desportivas. A função reguladora pode não estar limitada pela livre fixação de regras, mas está pelas leis da concorrência. Os princípios gerais têm sido desenvolvidos em casos como os de associações desportivas e a sua autorregulação²¹⁴.

A definição de regras não é em si um problema, estes novos tipos de concorrência e os diferentes modelos de negócio em diferentes tipos de plataformas pode vir a encorajar a inovação. Em muitos casos, as plataformas com maximização de lucros têm incentivos para estabelecer boas regras e criar uma plataforma vantajosa aos seus utilizadores²¹⁵. Contudo, estas regras também podem ser utilizadas para assegurar a continuidade de posições dominantes e destabilizar a concorrência.

A disciplina da concorrência depende dos danos que a regulação feita pelas plataformas cause. O poder de determinação de regras deve assim ser visto em conjunto com o artigo 102.º TFUE e os princípios de identificação de comportamentos anticoncorrenciais. As plataformas dominantes devem ser sujeitas ao dever de assegurar e garantir a interoperabilidade com os fornecedores e consumidores.

É necessária uma transparência que conjugue os segredos empresariais com as formas de obter informação, para um melhor entendimento do funcionamento das plataformas e o modo como estas praticam o seu papel regulatório. A informação necessária para isto pode ser conseguida com o acesso a *data* e algoritmos no contexto de casos concorrenciais.

A chave do problema está em decidir se as plataformas digitais devem ser controladas pelo direito da concorrência ou, ao invés, aceitar que estas são inerentemente monopólios/oligopólios e regulá-los de acordo com esta premissa. Se abordarmos o assunto a partir do ponto de vista da concorrência, coloca-se a questão de saber se a lei da concorrência deve ser revista para prevenir abusos de dominância. Se abordarmos a partir da ideia da criação de regulação de monopólios/oligopólios, então deve ser adotado todo um novo sistema, bloqueando a habilidade destas empresas em explorar a sua dominância²¹⁶.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZER, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019, p.6

²¹⁶ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.790

4.2. O papel da concorrência no enquadramento das plataformas dominantes

Na última década a Comissão Europeia dedicou energia e recursos consideráveis para proteger a concorrência no espaço digital e é amplamente reconhecida como a principal executora do mundo nesse espaço²¹⁷. Alguns tem proposto uma nova abordagem nas investigações concorrenciais, outros sugerem uma reforma nas políticas concorrenciais. É de notar que a abordagem do bem-estar dos consumidores falha em detetar e deter o dano anticoncorrencial na economia digital e necessita de um processo mais focado nas plataformas digitais, baseado em barreiras de entrada; no conflito de interesses; na emergência das empresas *bottleneck* e *gatekeepers*; no uso e controlo de *data* e nas dinâmicas de negociação de poder²¹⁸.

O direito da concorrência tem sido indicado para reagir às mudanças constantes dos mercados, para disciplinar posições dominantes emergentes e reagir às formas como as especificidades dos diferentes mercados entram em ação. A flexibilidade da lei é particularmente forte na lei da concorrência, contendo regras amplas, abertas e gerais que permitem abordar o fenómeno da era digital.

Em primeiro lugar, é essencial assegurar que as particularidades das plataformas digitais são refletidas na lei da concorrência e consideradas na execução destas normas. Em segundo lugar, a lei da concorrência necessita integrar-se com a lei dos consumidores e a lei de proteção de dados. Estas áreas têm-se tornado cada vez mais interligadas devido ao poder de mercado e à *data* fornecida por consumidores às plataformas digitais. Existe a necessidade de uma abordagem mais flexível à análise do abuso de dominância em economias digitais influenciadas por *data*²¹⁹. O objetivo não é que exista uma reformulação completa da lei da concorrência, mas sim um foco naquilo que realmente importa, acompanhado de um melhor entendimento da área.

No artigo 102.º al. b), TFUE conseguimos ver a ligação entre a concorrência, a inovação e o bem-estar dos consumidores. É explicitamente reconhecida no artigo, a proibição de abusos de uma posição dominante que limitem “a produção, os mercados ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”. Esta disposição proíbe assim as condutas das empresas dominantes que impeçam o desenvolvimento técnico, ou seja, traduzindo para a economia digital, proíbe plataformas digitais dominantes de bloquearem a inovação. Esta é uma proibição feita de forma ampla e com o seu próprio fator limitador. Uma conduta que impeça

²¹⁷ GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms’ market power?, p.8

²¹⁸ United Nations Conference on Trade and Development, Competition issues in the digital economy, 2019, p.5 e ss

²¹⁹ Idem.

a concorrência só será abusiva se prejudicar os consumidores, o dano a um concorrente não será suficiente²²⁰.

Para abordar os mercados digitais deve ser compreendida a noção de inovação, sendo que esta assume várias formas no contexto digital. Quando uma ação prejudica a inovação, prejudica consequentemente os consumidores. Isto pode ser visto: na redução de incentivos das empresas em investir em inovação para criar produtos superiores; na acumulação de dados de utilizadores e difícil acesso aos mesmos por outras empresas (prejudicando a capacidade de inovar quando esses dados são essenciais para melhorar um serviço); quando uma plataforma dominante distorce atuações de empresas que operam num certo modelo de negócios (para que não exista redução de coleta de dados ou oportunidades de publicidade, bloqueando modelos de negócio que podem ser necessários para estimular a inovação e o investimento) ou, ainda, quando uma plataforma dominante degrada a interoperabilidade ou a compatibilidade de produtos ou serviços complementares²²¹.

O rápido desenvolvimento tecnológico tem mudado a natureza dos mercados e dos modelos de negócio, nascendo a dúvida sobre se a autoridade concorrencial consegue lidar com tal ou necessita de uma adaptação da sua estrutura concorrencial às novas realidades de mercado.

Muito se debate sobre a rapidez de intervenção da Comissão. Um desafio para as autoridades concorrenciais nos mercados digitais são as restrições institucionais (recursos e procedimentos) que tornam necessária uma atuação rápida para acompanhar as tecnologias em acelerado movimento²²².

Sabemos que a determinação de forças relativas da concorrência em cada caso tem altos custos monetários e temporais e que o corolário da flexibilidade da lei é que a sua implementação é tipicamente um processo elaborado. Embora a Comissão Europeia não possa acelerar as suas investigações, pois está sujeita a procedimentos judiciais rigorosos, pode haver mérito na produção de resultados mais rápidos como, por exemplo, o estabelecimento de prazos em algumas fases do procedimento, dentro do regulamento 1/2003. Se uma reclamação deve ser rejeitada ou leva à abertura de um processo formal é uma decisão que deve ser tomada dentro de um prazo razoável, esse não é sempre o caso²²³.

Efetivamente, existem casos em que a Comissão demorou anos a tomar as suas decisões (caso *Microsoft vs Commision*), mas também é necessário ter cuidado com uma atuação prematura que bloqueie o desenvolvimento e a inovação do mercado. Saber o tempo de atuação é essencial para uma intervenção correta.

²²⁰ GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms' market power?, p.8 e ss

²²¹ Idem.

²²² Idem.

²²³ Idem.

Para além do mais, relativamente ao uso de medidas provisórias, embora a Comissão não utilize os seus poderes frequentemente, nos termos do artigo 8º do regulamento 1/2003, o espaço digital é provavelmente uma área em que estas medidas poderiam ser adotadas quando justificadas. As condições atuais para justificar o uso de medidas provisórias são bastante rigorosas, mas existe mérito em utilizá-las em mercados que podem inclinar rapidamente e que, sem intervenção, podem criar danos irreversíveis para o processo concorrencial²²⁴.

As autoridades concorrenciais encontram-se assim numa posição insatisfatória e insustentável. Existem pedidos de ações cada vez mais frequentes contra as grandes plataformas digitais e a atual estrutura *antitrust* necessita de ferramentas para fazer frente ao poder de mercado na economia moderna. As autoridades concorrenciais podem utilizar os seus poderes existentes, dentro do padrão de bem-estar do consumidor, para ajudar a garantir que as grandes plataformas digitais estão sujeitas a forças competitivas. A abordagem das autoridades deve alterar-se de duas formas: mudar o foco da sua análise, baseada em preços, dando primazia à qualidade e à inovação e abandonar as definições tradicionais de mercado em favor de uma avaliação mais ampla do ecossistema dos mercados em plataforma.

As investigações não devem ser focadas apenas em incentivos para o investimento e inovação pela plataforma e os seus concorrentes diretos, mas também devem ser considerados os mercados *upstream* e os mercados vizinhos incorporados na estrutura de subsídio cruzado entre os diferentes grupos de utilizadores.

Abordámos nos capítulos anteriores a forma como alguns métodos tradicionais de análise concorrencial podem não ser os mais indicados para os mercados digitais, como, por exemplo, a medição do poder de mercado tendo em conta principalmente o preço dos produtos e serviços. O foco da Comissão Europeia está no bem-estar dos consumidores, mas este relaciona-se, certamente, com as especificidades do mercado atual. Se levarmos em consideração, como foi dito anteriormente nesta dissertação, que os serviços, no mundo digital, são muitas vezes oferecidos gratuitamente, então o bem-estar dos consumidores, baseia-se primordialmente na prestação de serviços inovadores, eficientes e de qualidade e na proteção do seu direito à privacidade (*data*).²²⁵

A necessidade do conhecimento e entendimento da *data* é essencial. Embora os advogados e economistas, que geralmente compõem as equipas de investigação, tenham grandes habilidades, seria útil considerar cientistas de dados. Estimular o debate e pesquisa é essencial, as discussões académicas e investigações aprofundadas da economia digital podem levar a um melhor entendimento desta e

²²⁴ Idem.

²²⁵ Idem.

ajudar a reajustar as regras gerais da lei de proteção de dados do consumidor e das leis comerciais e concorrenciais, entre outras²²⁶.

Relativamente à definição de mercado relevante, existe consenso na separação de mercados, definindo separadamente os consumidores, fornecedores de conteúdo, anunciantes e qualquer outro agente envolvido. Os produtos são vistos com diferentes níveis de substituíbilidade em cada lado da plataforma. Exemplo disto são as redes sociais e motores de busca que podem ser considerados substitutos para anunciantes, mas não por consumidores. Os mecanismos de definição de poder de mercado também não são apropriados para plataformas digitais, pois muitos mecanismos estão dependentes de preços e mercados hipotéticos, não atendendo a produtos gratuitos e serviços em troca de *data*.

Utilizando as autoridades alemãs, como exemplo, em 2017 foi revista a lei da concorrência²²⁷, adaptando-se a estrutura e ferramentas legais às novas características da economia digital e foi introduzida uma nova provisão que reconhecesse os produtos e serviços gratuitos fornecidos pelas plataformas. O artigo 18º nº2 diz: “*the assumption of market shall not be invalidated by the fact that a good or service is provided free of charge*”.

Na análise de poder de mercado, a revisão da lei da concorrência alemã adicionou novos critérios a considerar em mercados *multi-sided*, tais como os efeitos de rede diretos e indiretos; o uso paralelo de diferentes fornecedores e os custos de troca para os utilizadores; as economias de escala crescentes com efeitos de rede; o acesso a *data* relevante concorrencialmente e a pressão concorrencial com a inovação - artigo 18º nº3 a). O *Federal Cartel Office* reparou que na economia digital a coleção e processamento de *data* e a relevância dos “termos e condições” representavam uma atividade empreendedora de importância extrema para a concorrência. O acesso a *data* foi classificado como um fator relevante para a dominância de mercado, sob o artigo 18º nº3 a) do *German Competition Act*. Monitorizar o uso de *data* de empresas dominantes é assim uma tarefa essencial para as autoridades concorrenciais, principalmente em casos de abuso de poder. A este respeito existe uma sobreposição entre a lei da concorrência e a lei da proteção de dados.

A União Europeia tem também criado medidas para fazer frente às plataformas online. As assimetrias entre plataformas e negócios estavam cada vez maiores e isto levou à adoção de regulação de *Platform to Business*. O regulamento 2019/1150 (UE), referente à promoção de equidade e transparência para os utilizadores profissionais de serviços e intermediação em linha, é um passo para melhor monitorizar a economia digital. Atualmente a Comissão está também a investigar a transparência de algoritmos, com o objetivo de entender melhor o

²²⁶ GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms’ market power?, p.10

²²⁷ Federal Cartel Office (Bundeskartellamt), Competition Act – GWB, Act against Restraints of Competition

papel destes nas plataformas online e quais os problemas levantados pelos mesmos. Isto para além de procurar estabelecer uma base sólida sobre problemas baseados em algoritmos e propor soluções para problemas seletivos. Existem ainda recomendações referentes a fazer frente a conteúdo ilegal online, aumentando a responsabilidade das plataformas digitais e a legislação referente a proteção de dados²²⁸.

Saliente-se igualmente que no que respeita a concentrações de empresas é necessária uma aplicação rigorosa da lei, principalmente quando estamos perante a aquisição de futuros rivais. É preferível detetar e eliminar antecipadamente potenciais restrições concorrenciais, do que tentar corrigir resultados anticoncorrenciais *ex-post*, pois isto torna-se mais complicado quando uma empresa já monopolizou o mercado.

Sabemos que a identificação de tecnologias futuramente rivais é intrinsecamente difícil, mas poderá existir uma recompensa competitiva e de inovação tecnológica futura no impedimento de fusões que servem para solidificar uma posição dominante das principais empresas incumbentes. Em geral, quanto maior e mais durável for o poder de mercado de uma empresa, maior será o benefício de impedir que essa empresa adquira empresas menores que, com o tempo, se poderiam tornar nos seus maiores rivais. Uma política concorrencial sólida permitiria falsos positivos (bloqueando fusões envolvendo alvos, apenas para descobrir que estes não cresceriam para desafiar o titular) a fim de evitar falsos negativos (permitir fusões que eliminam alvos que de facto teriam crescido para desafiar o titular dominante). As abordagens à definição de mercado são relativamente inúteis nestes casos, mesmo as aquisições de negócios inovadores em campos aparentemente não relacionados devem ser examinadas com ceticismo, pois duas áreas tecnológicas podem convergir mais rapidamente do que os economistas e advogados as entendem²²⁹.

As autoridades concorrenciais necessitam assim de criar um amplo escopo para aplicar os seus poderes dentro de uma estrutura focada no bem-estar dos consumidores, abordando as especificidades da concorrência nos mercados das plataformas digitais e as preocupações crescentes em relação ao potencial domínio de mercados por empresas digitais. Isto exige que as ferramentas padrão sejam utilizadas numa análise caso a caso, tratando as características específicas de cada plataforma e dos seus ecossistemas. A abordagem *ex-post* pode não ser suficiente ou a mais adequada para abordar todos os assuntos específicos das plataformas e aí entraria uma regulação *ex-ante* de certos tópicos, onde uma aparição sistemática e frequente do mesmo problema levaria a um regime regulatório, como no caso da *data*.

²²⁸ Ver <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>

²²⁹ COYLE, Diane, Practical competition policy - implications of digital platforms, Bennett Institute for Public Policy working paper no: 01/2018, University of Cambridge, p.13 e 14

4.3. O papel da regulação no enquadramento das plataformas dominantes

A regulação é um conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas por meio das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis. Na sua essência, o conceito de regulação pública económica implica a alteração do comportamento dos agentes económicos em relação ao que seria se esses comportamentos obedecessem apenas às leis de mercado ou a formas de autorregulação económica²³⁰. É a institucionalização de entidades independentes aptas para estabelecer os esquemas regulativos das regras do jogo económico e dividir conflitos em domínios sectoriais político e economicamente sensíveis²³¹. A existência de normas de regulação sectorial condiciona, naturalmente, o campo de aplicação do direito da concorrência.

Historicamente, as indústrias que têm sido reguladas incluem bens de primeira necessidade (água, eletricidade, gás, etc.), transportes e comunicações, entre outros. O modelo tradicional visa eliminar a concorrência e aceitar os benefícios de um monopólio. As políticas mais comuns são a não discriminação de preços e serviços, estabelecer limites em classificações e impor requerimentos de capitalização e de investimentos. Um monopolista natural não deve ter permissão para negar acesso à entrada crítica de rivais em mercados adjacentes²³².

A ideia de regulamentação das plataformas, tal como a sua passagem de avaliações *ex-post* da concorrência para uma regulação *ex-ante* é complicada. Talvez uma regulação preventiva de certas práticas, como as integrações verticais, e/ou uma regulação de utilidade pública que tratasse algumas das práticas principais das plataformas, pudessem facilitar essa tarefa.

Certamente que tentar regular todas as plataformas, agrupando um grande número de empresas, funcionalidades e sistemas que apenas tem em comum operarem online, não tendo muito em comum entre si em termos de dinâmicas de mercado e características é problemático. Dividir normas *ex-ante* para um grande número de plataformas não faz sentido e as soluções propostas são demasiado diversas.

Debate-se frequentemente se as autoridades concorrenciais mais novas e pequenas, com recursos limitados, conseguem fazer frente a casos concorrenciais na crescente economia digital de nível mundial, existindo, por isso, quem defenda a teoria de que com clareza nas regras regulatórias de controlo de plataformas poderá existir uma menor necessidade de imposição da lei da concorrência *ex-post*. Outro

²³⁰ SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 7ª edição, almedina, 2014

²³¹ *Idem*.

²³² KHAN, Lina M., *How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox*, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.797

desafio, principalmente em países mais pequenos ou mesmo em desenvolvimento, é o suporte a *Startups* locais no mundo digital, uma vez que as pequenas empresas nascentes normalmente acabam adquiridas pelas dominantes. Uma regulação a nível Europeu talvez seja mais efetiva para lidar com práticas abusivas pelas plataformas digitais globais, controlando as fusões entre empresas digitais e assegurando que as plataformas dominantes se mantêm justas e abertas a empresas regionais e locais, facilitando o comércio inter-regional e a proteção de consumidores²³³.

Nas teorias defensoras da regulação, muitas plataformas são comparadas a bens-essenciais no sentido de que os consumidores sentem que não conseguem viver sem elas. Para solucionar preocupações anticoncorrenciais, deve ser trocada a ideia base de bem-estar do consumidor e adicionar a ideia de preservação do processo competitivo e da estrutura do mercado. Ao aceitarmos plataformas digitais como monopólios ou oligopólios naturais, a aplicação de elementos de um regime de utilidade pública ou obrigações de instalações essenciais manteria os benefícios de escala, limitando a capacidade das plataformas dominantes de abusar o seu poder de mercado²³⁴. Regular as plataformas online como *essential facilities* requer uma limitação das habilidades das mesmas, que atualmente autorregulam muitas das suas características, podendo dessa forma provocar efeitos negativos e prejudicar os consumidores.

Existe também debate sobre a separação de grandes empresas tecnológicas para redução de barreiras à entrada e eliminação da concorrência, similar ao *unbundling* no setor energético, ou seja, uma separação dos ecossistemas digitais. De forma mais particular, surge a ideia de restrição de plataformas dominantes a operarem no mercado, para o qual fornecem uma infraestrutura, e que limitam a concorrência com negócios que dependem de si. Por exemplo, como referido em 3.2.2.1, a Amazon faz vendas na sua própria plataforma competindo com vendedores independentes, sendo mesmo capaz de influenciar e até excluir competidores para fora do mercado, recorrendo ao uso de preços predatórios ou colocando-os em posições de desvantagem, baseadas em resultados de pesquisas da própria plataforma (Amazon)²³⁵.

No meio de toda esta problemática, a única área de consenso é talvez o reconhecimento da falha dos governos em rever e recalibrar as ferramentas de examinação de possíveis distorções no mercado e de avaliação dos consequentes danos causados à concorrência e aos consumidores. Algumas das questões enfrentadas pelas autoridades concorrenciais exigirão um progresso significativo na análise económica subjacente, incluindo a definição de plataformas digitais e

²³³ United Nations Conference on Trade and Development, Competition issues in the digital economy, 2019, p.13

²³⁴ KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon's Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016, p.803

²³⁵ United Nations Conference on Trade and Development, Competition issues in the digital economy, 2019, p.14 e ss

até que ponto as suas características diferem de outros modelos de negócio e a dinâmica e concorrência nos mercados tecnológicos²³⁶.

O cuidado com regulações prematuras tem sido recomendado e é claro que a elaboração de qualquer regulação deve primordialmente basear-se em abrangentes análises económicas dos mercados envolvidos. A utilização de regulação poderá não ser então na sua forma ampla, mas sim uma regulação mais diminuta de temas sistemáticos e frequentes que ocorrem nos mercados digitais e que assim facilitam as investigações concorrenciais. Muitas autoridades concorrenciais têm conduzido investigações sobre mercados digitais, procurando entender melhor a forma como estes mercados funcionam (Austrália, UK, Alemanha, França, etc.). Destes estudos conclui-se que, em algumas práticas, como é o caso da *data*, parece ser aconselhável a intervenção de uma regulação²³⁷.

Parece óbvio que a imposição da lei da concorrência, a análise de abusos de dominância e o controlo de fusões necessitam de uma adaptação na abordagem referente às características das plataformas digitais. A lei da concorrência poderá necessitar de novas normas para facilitar a abordagem a novos desafios da economia digital. Isto já acontece em alguns países, como é o caso da Alemanha, cujas autoridades incluíram algumas características da economia digital nas suas análises de mercados, na revisão da sua lei da concorrência, em conjunto com novos limites para fusões entre empresas digitais. Também no Reino Unido, o relatório da *House of Lords*, sugere considerar a implementação de um teste de interesse público para as fusões e aquisições influenciadas por *data*²³⁸.

Ora, como referimos anteriormente, a Comissão Europeia regulou as interações entre P2B, bem como os dados dos consumidores através do Regulamento (UE) 2016/679 - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), definindo regras *ex-ante* de comportamentos a ter pelas plataformas digitais. Apesar disto, se não existir um consenso em relação à forma de análise da concorrência nos mercados digitais, incluindo metodologias para avaliação empírica, será impossível para as autoridades ou tribunais relevantes fazer outra coisa senão seguir o caminho caso a caso.

As plataformas digitais são ainda uma área de alta complexidade e incerteza, onde tanto a falta de intervenção como o excesso de regulamentação podem representar sérios custos para a sociedade, especialmente devido aos potenciais prejuízos e/ou benefícios que estas podem originar. Quaisquer que sejam as ações tomadas no

²³⁶ COYLE, Diane, Practical competition policy - implications of digital platforms, Bennett Institute for Public Policy working paper no: 01/2018, University of Cambridge, p.12

²³⁷ United Nations Conference on Trade and Development, Competition issues in the digital economy, 2019

²³⁸ United Nations Conference on Trade and Development, Competition issues in the digital economy, 2019, p.11

futuro, elas devem ser sujeitas a uma avaliação profunda e uma abordagem cautelosa²³⁹.

As autoridades concorrenciais poderão considerar inicialmente a necessidade de adaptar a sua estrutura de análise de casos concorrenciais e considerar se as ferramentas de análise são suficientes para os desafios concorrenciais criados pelas plataformas dominantes. Somente investigações criteriosas poderão fornecer um entendimento mais profundo dos problemas nos mercados e aferir se a aplicação de regulação em certos tópicos facilitará o controlo das grandes plataformas digitais.

²³⁹ COYLE, Diane, Practical competition policy - implications of digital platforms, Bennett Institute for Public Policy working paper no: 01/2018, University of Cambridge, p.12

Conclusão

Ao longo desta dissertação, somos levados a inferir que, sem sombra de dúvida, as características específicas, únicas e em constante evolução das plataformas digitais não permitem a simples aplicação de ferramentas tradicionais para análise e interpretação das mesmas, conforme julgamos ter comprovado.

Definir o conceito de plataformas digitais não é apenas essencial para a definição de mercados em análises concorrenciais, mas também é essencial para definir o que é considerado padrão de conduta para proteção dos consumidores.

Sem tratar de forma profunda e abrangente estas matérias, será deveras difícil atingir os objetivos propostos à sua análise. Torna-se necessário definir e compreender as plataformas digitais de forma quase exaustiva, sem as limitar às mais conhecidas, como a Google, ou o Facebook, entre outras, de modo a poder debater de forma significativa as suas consequências.

A definição de mercado relevante e poder de mercado, quando falamos de economia digital pede igualmente uma abordagem menos rígida e com um olhar mais amplo, virado para o futuro. As mudanças tecnológicas estão a transformar fronteiras entre indústrias, criando sobreposições entre mercados anteriormente isolados e alterando forças e agentes nestes mercados. A definição de mercado relevante nas plataformas digitais vai além de definição tradicional de produtos e diferenciação de mercados, pois o valor da plataforma deriva da combinação de serviços e dos diferentes grupos de cada lado. As autoridades concorrenciais devem ter em conta estas mudanças na forma como monitorizam e controlam a economia digital. Ou seja, pelo que verificámos, comprovasse que as formas tradicionais de medição de mercados e de dominância dos mesmos têm sido frequentemente inadequadas para proteger a concorrência e os consumidores, pelo que devem ser revistas e melhoradas.

Pela natureza inovadora e dinâmica do mundo digital e pelo estudo, ainda em processo de entendimento, da sua economia, é extremamente difícil estimar o efeito de certas práticas no bem-estar dos consumidores. Tendo em conta as tendências de concentração de plataformas, as barreiras criadas à entrada de novos concorrentes e a prática de comportamentos abusivos por empresas em alguns mercados que estas dominam, torna-se necessário analisar os efeitos anticoncorrenciais que possam surgir. Neste sentido, será premente, nestes casos, responsabilizar as plataformas dominantes pela prova de que as suas práticas, no grande esquema do mercado, são equitativas, não provocam danos a terceiros e são legais.

A crescente preocupação com a dominância do poder de mercado por parte das grandes plataformas digitais e a forma como afetam a concorrência, torna mais necessária uma reflexão apurada desta problemática, mas não torna mais fácil a regulação da mesma.

O direito da concorrência pode e deve, no futuro, continuar a acompanhar e guiar a evolução económica das plataformas. Atualmente, os métodos de análise de casos podem parecer suficientes, mas, ainda assim, existem muitos desafios ao entendimento completo destes novos mercados, sendo necessária, neste campo, uma reforma da legislação que permita a sua evolução.

O foco principal desta reforma deve manter-se no bem-estar dos consumidores, mas deve igualmente abordar todas as preocupações emergentes criadas pelas plataformas digitais, deixando para trás notórias lacunas dentro das suas pesquisas concorrenciais que devem ser resolvidas, como ter o preço como principal foco ao analisar o bem-estar dos consumidores, negligenciando benefícios mais difíceis de quantificar, como o da qualidade e variedade de serviços, o que leva a diminuir o valor do bem-estar dinâmico do consumidor em favor de eficiências estáticas.

Considerar a inovação, a *data*, os ecossistemas de mercados vinculados entre si e as características específicas das plataformas digitais é essencial. Embora, como já afirmámos, as ferramentas tradicionais não sejam nestes setores completamente adequadas, o seu tipo de análise é, ainda assim, relativamente eficaz e apenas necessitará de algumas reformulações e um foco mais abrangente, que acompanhe a rápida e constante evolução destas matérias.

Em relação às autoridades concorrenciais, estas devem contabilizar a inovação para o bem-estar dos consumidores; ser altamente céticas em relação a qualquer aquisição de grandes plataformas e abandonar a definição de mercado relevante em favor de uma visão mais ampla do ecossistema de mercados centralizados em torno de uma plataforma.

Para além disto, é possível considerar novas ferramentas *ex-ante* para aprimorar o processo competitivo em certos casos específicos, como em questões de *data*, relações P2B, transparência ao consumidor e de preços algorítmicos, entre outros.

Chegámos assim, por fim, a duas linhas de pensamento sobre as quais se considera necessário ponderar: a necessidade de uma reforma das normas concorrenciais e, inerentemente, de uma intervenção regulatória em certas práticas específicas onde, por vezes, se revela mais eficaz, como nos parece ter ficado comprovado em alguns dos exemplos aqui apresentados.

Em suma, a tese que aqui se apresenta tem como objetivo traduzir os princípios estabelecidos das análises concorrenciais, leis e práticas de aplicação legal para um novo domínio - o domínio das plataformas digitais e as suas implicações na concorrência. Sabemos que uma verdadeira revolução nas forças concorrenciais dos mercados digitais é improvável, mas uma reflexão aprofundada sobre estas novas abordagens e o seu maior conhecimento, conduzirá a uma maior preparação para enfrentar os novos desafios da economia digital facilitando a evolução desejável, fundamentada, espectável e inevitável do direito da concorrência da UE.

Bibliografia

Autoridade da concorrência, Linhas de Orientação para a Análise Económica de Operações de Concentração

Autorité de la Concurrence e Bundeskartellament, Competition Law and *data*, 2016

BANIA, Konstantina, Abuse of Dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15

BIDARRA, Ana Isabel Rodrigues Gomes, O Impacto do Big Data no Direito da Concorrência: O caso Facebook/WhatsApp e o Controlo de Concentrações na União Europeia

Bundeskartellament, Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks, June 2016

CIRIAN, Stéphane, LEBOURGES, Marc, The Market Dominance of US Digital Platforms: Antitrust Implications for the European Union, 2017

Comunicado da Comissão: Linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar da UE para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (2018/C 159/01)

Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 102º (2009/C 45/02)

Comunicado da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência: (97/C 372/03)

Comunicação da Comissão: Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03)

CORNIÈRE, Alexandre de, TAYLOR, Greg, Upstream Bundling and Leverage of Market Power, 2018

CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de, SCHWEITZE, Heike, Competition Policy for the digital era: Final Report - Comissão Europeia, 2019

COYLE, Diane, Practical competition policy - implications of digital platforms, Bennett Institute for Public Policy working paper no: 01/2018, University of Cambridge

EDELMAN, Benjamin, Does Google leverage market power through tying and bundling, Journal of Competition Law and Economics, 2014

ESTEVINHO, Luís Miguel João, A “Big Data” nos mercados digitais, Universidade Católica Portuguesa

EVANS, David S., PLATFORM ECONOMICS: Essays on Multi-Sided Businesses, Competition Policy International, 2011

FELD, Harold, The Case for the Digital Platform Act: Market Structure and Regulation of Digital Platforms, 2019

FERRARI, Lucas Saretta, Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista da Concorrência e Regulação, nº14/15

FERREIRA, Luís do Nascimento, Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante, Revista da concorrência e regulação, nº38

FERRO, Miguel Sousa, A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência, Almedina, 2015

FRANCK, Jens-Uwe, PEITZ, Martin, Report May 2019 – Market Definition and Market Power in the Platform Economy

GERADIN, Damien, What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms’ market power?, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/damien_geradin.pdf

GOMES, José Luís Caramelo, Lições de Direito da Concorrência, Almedina, 2010

GRAEF Inge, Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, Yearbook of European Law, 2019

HAGIU, Andrei, WRIGHT, Julian, Multi-Sided Platforms, International Journal of Industrial Organization, Vol. 43, 2015

HOLZWEBER, Stefan, Tying and bundling in the digital era - European Competition Journal, Vol. 14, 2018

HOVENKAMP, Herbert, Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency, Antitrust Law Journal, 2014

JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, DUNNE, Niamh, EU Competition Law – Text, Cases and Materials, 7ª edição, Oxford, 2019

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, Abuso de Posição Dominante, Almedina, 2012

KHAN, Lina M., How to Fight Amazon (Before You Turn 29) - Amazon’s Antitrust Paradox, Yale L.J., vol. 126, 2016

MANDRESCU, Daniel, Applying (EU) competition law to online platforms: Reflections on the definition of the relevant market, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 41, No. 3, 2018

MARTÍN-LABORDA, Antonio Robles, Merger Control and Online Platforms: The Relevance of Network Effects, *MCLR*, Vol. 1, N°2, 2017

NAÇÕES UNIDAS – DIGITAL ECONOMY REPORT 2019 – Conference on Trade and Development Value Creation and Capture: Implications for Development

NEVES, Ana Ferreira, Impacto do E-Commerce na política de concorrência, *Revista da concorrência e regulação*, nº38

O’CONNOR, Daniel, Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings, *Competition Policy International - Internet Competition & Regulation Of Online Platforms*

OECD (2018) Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm

Oxford reference, Ramsey pricing in A Dictionary of Economics, <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100403450>

PWC, Global Top 100 companies by market capitalisation, July 2019 <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/global-top-100-companies-2019.pdf>

Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy, em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>

ROCHET, Jean-Charles, TIROLE, Jean, Two-Sided Markets: A Progress Report, *RAND J. Econ.*, vol.37, nº3, 2006

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 7º edição, almedina, 2014

Shaping Competition Policy in the Era of Digitisation Response to the European Commission’s Call for contributions, 2018, em https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/prosiebensat1.pdf

STATISTA, <https://www.statista.com/statistics/>

SILVA, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, 2010(<https://www.almedina.net/o-abuso-de-posi-o-dominante-na-nova-economia-1563798706.html>)

SILVA, Miguel Moura e; *Direito da Concorrência*, Almedina, 2008

Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019, available at <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report>

The internal market and the digital economy: XXVIII FIDE Congress Lisbon/Estoril, Congress proceedings Vol. 1, Almedina, 2018

UK Government, Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition, 2019

United Nations Conference on Trade and Development, Competition issues in the digital economy, 2019 em: https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd54_en.pdf

VANDENBORRE, Ingrid, JANSSENS, Caroline, MFN Clauses and Antitrust Enforcement: on a slow path to converge? CPI ANTITRUST CHRONICLE SEPTEMBER 2019

VILAÇA, José Luís da Cruz, Challenges to the Judiciary in the Enforcement of Competition Rules in the Digital Age, *Revista da Concorrência e Regulação*, nº36

WHISH, Richard, BAILEY, David, *Competition law*, 8ª edição, Oxford, 2015

Jurisprudência e decisões da Comissão:

Autoridade da concorrência Italiana, ‘A528—Amazon: Investigação lançada na possibilidade de abuso de posição dominante em ”marketplaces“ online e serviços logísticos (Press release, 16 April 2019) em <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2019/4/Amazon-investigation-launched-on-possibleabuse-of-a-dominant-position-in-online-marketplaces-and-logistic-services>

Press release: Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon, Julho 2019 em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

Acórdão do Tribunal de 14 de fevereiro de 1978, United Brands, Processo 27/76, EU:C:1978:22

Acórdão do Tribunal de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG, Processo 85/76, ECLI:EU:C:1979:36

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 12 de julho de 2012, Compass-Datenbank Gmbh, C-138/11, EU:C:2012:449

Summary of Commission decision of 27 June 2017, Case AT.39740, Google Search (Shopping), C/2017/4444

Summary of Commission Decision of 18 July 2018, Case AT.40099, Google Android, C/2018/4761

Summary of Commission Decision of 4 May 2017, Case AT.40153, E-book MFNs and related matters (Amazon), C/2017/2876

Federal Cartel Office (Bundeskartellamt), Competition Act – GWB, Act against Restraints of Competition

Tratado do Funcionamento da União Europeia

Regulamento 2019/1150 (UE) referente à promoção de equidade e transparência para os utilizadores profissionais de serviços e intermediação em linha

Regulamento 139/2004 de 20 de janeiro de 2004 (UE)

Índice

Introdução	9
I. Mercados Concorrenciais.....	12
1.1. O Mercado Relevante.....	12
1.1.1. Noções introdutórias	12
1.1.2. Definição do mercado relevante	14
1.2. Mercados Digitais	15
1.2.1. Breves Considerações	15
1.2.2. Características das Plataformas Digitais	16
1.2.2.1 “Multi-sided markets”	16
1.2.2.2. Efeitos de rede/Network Effects	22
1.2.2.3. Multi-Homing e Single-Homing	26
1.2.2.4. Informação (<i>data</i>).....	28
1.2.2.5. Economias de escala	30
1.2.2.6. Inovação	31
II. Posição Dominante/ Poder de Mercado.....	34
2.1. Noções Introdutórias	34
2.2. Quotas de Mercado	35
2.2.1. Medição das quotas de mercado através do preço - <i>The Zero-Price Problem</i>	36
2.3. Expansão ou Entrada.....	40
III. Abuso de Posição Dominante.....	44
3.1 Noções introdutórias	44
3.2. Abuso de posição dominante no setor digital	47
3.2.1. Alavancagem do poder de mercado.....	47
3.2.1.1. Autopreferência.....	48
3.2.1.2. <i>Tying</i> e <i>Bundling</i>	54
3.2.1.3. Exploração de <i>data</i>	56
3.2.2. MFN (Best-Price Clauses).....	59
3.2.4. Preços Predatórios	62
IV. Como lidar com os mercados digitais – Dois modelos para abordar o poder das plataformas	66
4.1. Breves Considerações	66
4.1.1. Papel Intermédio das plataformas.....	68

4.2. O papel da concorrência no enquadramento das plataformas dominantes	70
4.3. O papel da regulação no enquadramento das plataformas dominantes	75
Conclusão	79