

LEGAL ALERT

REGULAMENTO MERCADOS DIGITAIS (DIGITAL MARKETS ACT) – ATUALIZAÇÃO

OS CONTROLADORES DE ACESSO (*GATEKEEPERS*) DEVEM AGORA CUMPRIR AS OBRIGAÇÕES DO *DIGITAL MARKETS ACT* (DMA) PARA EVITAR SANÇÕES AO ABRIGO DO *PUBLIC E/OU PRIVATE ENFORCEMENT*

As obrigações abrangentes do DMA começam a aplicar-se aos primeiros controladores de acesso designados

Em setembro de 2023, a Comissão Europeia (CE) designou um conjunto de primeiras seis grandes empresas como controladores de acesso (*gatekeepers*) (CA) nos termos do DMA, por referência a um total de 22 serviços essenciais de plataforma (*core platform services*) (SEP ou CPS)¹:

- **Alphabet**: Google Shopping, Google Play, Google Maps, Google Search, YouTube, Google Android, Google Chrome, Alphabet's online advertising services
- **Amazon**: Amazon Marketplace, Amazon Advertising
- **Apple**: App Store, iOS, Safari
- **ByteDance**: TikTok

¹ Algumas destas empresas interpuseram ações de anulação da sua designação como CA em relação a alguns dos SEP em questão (Apple: iOS, App Store; ByteDance: TikTok; Meta: Messenger, Marketplace). Estes recursos ainda estão pendentes e não suspendem os efeitos das designações contestadas. As designações feitas estão sujeitas a revisão – ou seja, podem ser reconsideradas, alteradas ou revogadas – pela CE sob certas condições, e outras empresas de tecnologia podem ser designadas como CA (e empresas já designadas como CA podem ser designadas para outros SEP) se cumprirem os critérios definidos no DMA (por exemplo, a CE recebeu notificações do Booking, ByteDance e X relativas a – no caso da ByteDance: outros – SEP que atendem aos critérios do DMA).

- **Meta:** Facebook, Instagram, Meta Ads, WhatsApp, Messenger, Marketplace
- **Microsoft:** Windows PC OS, LinkedIn

Estas empresas foram designadas com base no facto de alcançarem os limiares quantitativos estabelecidos no artigo 3.º, n.º 2, do DMA, dando origem à presunção do estatuto de “controlador de acesso”.

Tendo expirado o prazo legal de seis meses estabelecido para este fim, estes **CA devem agora**, em relação aos SEP para os quais foram designados, **cumprir as obrigações e proibições estabelecidas nos artigos 5.º a 7.º do DMA** e listadas no **anexo deste *legal alert***².

Estas (e outras) obrigações no DMA visam garantir a **disputabilidade e equidade nos mercados digitais**, podendo o seu cumprimento exigir tanto medidas contratuais quanto técnicas, incluindo novas interfaces e a necessidade de modificar produtos e serviços (por exemplo, para permitir a interoperabilidade, a abertura e a não discriminação e para garantir a “escolha” efetiva, tanto para os utilizadores profissionais, como para os utilizadores finais).

O cumprimento dessas obrigações é, por princípio, objeto de **autoavaliação pelos CA**, sendo a possibilidade de especificação adicional restrita às obrigações dos artigos 6.º e 7.º do DMA. Só a propósito destas pode um CA solicitar à CE que determine se as medidas por si implementadas para garantir o cumprimento são suficientes (artigo 8.º, n.º 3, do DMA).

Relatórios dos controladores de acesso sobre medidas de cumprimento e técnicas de definição de perfis de consumidor

Além disso, os CA acima mencionados já tinham de fornecer à CE:

² Duas outras obrigações entraram em vigor a partir do momento da designação: (i) estabelecer uma função de verificação do cumprimento (*compliance*) (artigo 28.º do DMA) e (ii) a obrigação de **reportar concentrações previstas** no sentido do Regulamento de Controlo de Concentrações da UE (mesmo que não atinjam os limiares relevantes) (artigo 14.º do DMA).

- Um relatório descrevendo as medidas implementadas para garantir o cumprimento das obrigações do DMA (artigo 11.º do DMA)³; e
- Uma descrição de auditoria independente das técnicas de definição de perfis de consumidor aplicadas nos SEP em questão (artigo 15.º do DMA)⁴.

Os primeiros [relatórios de conformidade](#) e [relatórios de definição de perfis de consumidor](#) já estão **acessíveis**, através de *links*, **no site do DMA da CE**.

Workshops da CE para intervenientes (*stakeholders*) do DMA com o objetivo de fornecer esclarecimentos e procurar *feedback*

A CE está agora a **analisar cuidadosamente os relatórios** de conformidade para determinar se as medidas implementadas são eficazes na prossecução dos objetivos das obrigações relevantes ao abrigo do DMA. Esta avaliação será também baseada no **contributo de partes interessadas** (por exemplo, utilizadores profissionais, concorrentes e utilizadores finais dos **SEP** em questão), incluindo no contexto dos [workshops de conformidade](#) organizados pela CE entre **18 e 26 de março de 2024 (um para cada CA)**, onde os CA são convidados a apresentar as suas soluções.

Tutela pública (*public enforcement*) do DMA

A CE tem **competência exclusiva** para o *enforcement* do DMA, incluindo, por exemplo, a designação de CA, a adoção de decisões de não conformidade e a imposição de coimas e outras sanções. As **autoridades nacionais de concorrência (ANC)** podem **auxiliar a CE** nesta tarefa. Uma ANC **também pode, por iniciativa própria, investigar suspeitas de infrações** dos artigos 5.º a 7.º pelos CA no seu território, desde que tenha competência e poderes de investigação para tal, nos termos da legislação nacional. A abertura de procedimentos pela CE elimina essa possibilidade para as ANC e encerra quaisquer investigações em curso pelas ANC.

³ A CE publicou um [modelo](#) para o relatório de conformidade. Os CA devem atualizar o relatório pelo menos anualmente. Resumos não confidenciais dos relatórios e atualizações enviados pelos CA estarão disponíveis no *site* da CE.

⁴ A CE publicou um [modelo](#) para o relatório sobre este tema. Os CA devem disponibilizar publicamente um resumo não confidencial dessa descrição e atualizar o relatório e o resumo não confidencial pelo menos uma vez por ano.

Violações por parte dos CA das suas obrigações nos termos do DMA podem resultar em **coimas de até 10% do volume de negócios anual total mundial da empresa**, ou de até 20% no caso de infrações repetidas. Em certas situações, podem ser impostas sanções pecuniárias compulsórias de até 5% do volume de negócios médio diário. No caso de violações sistemáticas das obrigações do DMA, podem ser aplicadas **medidas adicionais**, que devem ser proporcionais à infração cometida. Como último recurso, podem ser impostas medidas não financeiras (comportamentais e estruturais), de que é exemplo a venda de um negócio.

Tutela privada (*private enforcement*) do Regulamento dos Mercados Digitais⁵

Com base nos princípios gerais do direito da UE, uma disposição do DMA poderá ser invocada por um interveniente (*stakeholder*) numa ação judicial intentada contra um CA perante um tribunal nacional, se a disposição for suficientemente precisa e incondicional para criar direitos para o interveniente contra o CA. Os pressupostos parecem preenchidos relativamente a pelo menos algumas das obrigações dos CA nos artigos 5.º a 7.º do DMA, devendo ser consideradas invocáveis por utilizadores profissionais, concorrentes e/ou utilizadores finais, dependendo da obrigação específica em causa.

Também o artigo 39.º do DMA sugere a possibilidade de tutela privada, tanto quando a CE já tenha adotado uma decisão de não conformidade em relação à conduta em questão (*follow-on action*) como quando isso ainda não tenha acontecido (*stand-alone action*)⁶.

Outras disposições do DMA indicam também a relevância da iniciativa privada na aplicação do DMA. Conforme o artigo 27.º, n.º 1, do DMA, as partes interessadas, bem como os seus representantes, **podem apresentar queixas à ANC ou diretamente à CE** sobre qualquer suspeita de violação por parte do CA de alguma das suas obrigações ao abrigo do DMA. Tanto a ANC como a CE têm discricionariedade na sua decisão sobre se devem ou não investigar um caso.

⁵ Veja também o nosso [legal alert](#) de 3 de maio de 2023.

⁶ Os tribunais nacionais não devem proferir decisões que contrariem as decisões adotadas pela CE ao abrigo do DMA e devem evitar proferir decisões que entrem em conflito com uma decisão ponderada pela CE em processos iniciados ao abrigo do DMA (artigo 39.º, n.º 5, do DMA).

A aplicação do DMA é complementar à aplicação da legislação de concorrência

Não existe sobreposição entre a aplicação do DMA e a aplicação da legislação de concorrência. As regras e a aplicação do DMA são complementares à aplicação da legislação de concorrência (ou seja, adicionais à mesma). Isso significa que, por exemplo, as ANC podem, em princípio, investigar e impor obrigações a uma empresa ao abrigo da legislação de concorrência (incluindo, por exemplo, conduta unilateral), mesmo que a empresa seja designada como CA ao abrigo do DMA. Nesse caso, a ANC deve informar a CE da investigação e das obrigações que pretende impor (artigo 38.º do DMA)⁷.

Tutela pública e privada do DMA em Portugal

Ao contrário de outros Estados-Membros da UE, Portugal ainda não adotou uma medida específica para regular a aplicação doméstica do DMA.

Em termos de tutela pública, a **ANC competente** para auxiliar a CE e à qual as queixas de terceiros podem ser dirigidas é a **Autoridade da Concorrência portuguesa** (embora ainda não esteja completamente claro se isso inclui a competência para investigações próprias de suspeitas de violações do DMA em Portugal).

Em relação à tutela privada, considerando a situação atual, a lei portuguesa que transpõe a Diretiva sobre Indemnizações por Danos Decorrentes de Infrações ao Direito da Concorrência não se aplica. Portanto, as ações devem, em princípio, ser intentadas perante os **tribunais civis comuns** e estão sujeitas às **regras gerais de direito civil e processo civil**, incluindo, por exemplo, o artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil (CC) para **ações de indemnização**, o artigo 362.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC) para **ações de injunção** destinadas a evitar danos graves e potencialmente irreparáveis aos direitos conferidos pelo DMA, e os artigos 575.º do CC e 429.º e 1045.º do CPC para **pedidos de apresentação de documentos**.

⁷ As ANC não devem adotar decisões que contrariem as decisões adotadas pela CE ao abrigo do DMA (artigo 1.º, n.º 7, do DMA).

Ao contrário das **ações individuais** que geralmente podem ser apresentadas por **qualquer pessoa interessada**, as **ações populares** e outros mecanismos de reparação coletiva **só** estão disponíveis para os **consumidores** nos termos da lei portuguesa.

ANEXO

DOS AND DON'TS PARA OS CONTROLADORES DE ACESSO

Nos termos do **artigo 5.º do DMA**, os CA devem:

- Não processar, para fins de publicidade *online*, os dados pessoais dos utilizadores finais dos serviços de terceiros fornecidos através dos SEP do CA sem o consentimento qualificado do utilizador final;
- Não combinar ou cruzar o uso dos dados pessoais dos utilizadores finais entre os SEP ou entre os SEP e outros serviços ou inscrever utilizadores finais em outros serviços, com o objetivo de combinar dados pessoais, sem o consentimento qualificado do utilizador final;
- Não impor cláusulas de paridade "amplas" (restringindo os utilizadores profissionais de oferecer preços mais baixos e melhores condições em quaisquer outros canais de vendas *online*) ou cláusulas de paridade "estreitas" (restringindo os utilizadores profissionais de oferecer preços mais baixos e melhores condições nos seus próprios canais de vendas);
- Permitir que os utilizadores profissionais comuniquem e promovam os seus produtos e serviços (incluindo em condições diferentes) aos utilizadores finais adquiridos através dos SEP do CA (ou por outros canais) de forma gratuita e concluam contratos com esses utilizadores finais;
- Permitir que os utilizadores finais acedam e utilizem conteúdo, subscrições, funcionalidades ou outros itens através dos SEP do CA utilizando uma aplicação de *software* de um utilizador empresarial, incluindo aqueles adquiridos fora dos SEP do CA;
- Abster-se de impedir que os utilizadores profissionais ou utilizadores finais levantem a questão da não conformidade do CA com as leis da UE ou com as leis nacionais junto das autoridades públicas relevantes ou tribunais nacionais;

- Não exigir que os utilizadores finais ou utilizadores profissionais se inscrevam ou se registem em qualquer outro SEP do CA como condição para usar um dos SEP do CA;
- Não exigir que os utilizadores finais usem ou que os utilizadores profissionais usem ou ofereçam ou interoperem com um serviço de identificação, com um mecanismo de navegador ou com um serviço de pagamento ou com serviços técnicos que suportem a prestação de serviços de pagamento, como sistemas de pagamento para compras dentro de aplicativos, daquele CA no contexto dos serviços fornecidos pelos utilizadores profissionais utilizando os SEP do CA;
- Fornecer aos anunciantes e editores (ou a terceiros por estes autorizados) aos quais um CA fornece serviços de publicidade *online*, a pedido e gratuitamente, informações diárias sobre os preços e taxas (incluindo quaisquer deduções e sobretaxas) pagos pelo anunciante e editor, bem como o montante da remuneração (incluindo quaisquer deduções e sobretaxas) paga ao editor e as métricas nas quais cada um dos preços, taxas e remunerações são calculados para a publicação de um determinado anúncio e para cada um dos serviços de publicidade relevantes fornecidos pelo CA.

Nos termos **do artigo 6.º do DMA**, os CA devem:

- Não utilizar dados não públicos adquiridos pelo CA em relação aos utilizadores profissionais que utilizam os CPS do CA para competir com esses utilizadores profissionais;
- Permitir e habilitar tecnicamente os utilizadores finais a desinstalar facilmente quaisquer aplicações de *software* ou alterar as configurações padrão no sistema operativo, assistente virtual e navegador do CA;
- Permitir e habilitar tecnicamente a instalação e a utilização eficaz de aplicações de *software* de terceiros ou lojas de aplicações de *software* e permitir que sejam acedidas por meios que não os CPS relevantes do CA, bem como relacionar a definição de aplicações de *software* ou lojas descarregadas como padrão (sujeito a certas exceções relacionadas com medidas de segurança);
- Não tratar os serviços e produtos oferecidos pelo CA de forma mais favorável do que serviços ou produtos semelhantes oferecidos por terceiros na classificação e indexação relacionada e aplicar condições transparentes, justas e não discriminatórias a essa classificação (autopreferência);

- Não restringir os utilizadores finais, tecnicamente ou de outra forma, de alternar entre e subscrever diferentes aplicações de *software* e serviços acedidos sob os CPS do CA;
- Permitir aos fornecedores de *hardware* e serviços e aos utilizadores profissionais, de forma gratuita, a interoperabilidade eficaz e o acesso às mesmas funcionalidades de *hardware* ou *software* que são acedidas ou controladas através do sistema operativo ou assistente virtual do CA (sujeito a certas exceções relacionadas com medidas de segurança);
- Fornecer aos anunciantes e editores e aos seus terceiros autorizados, mediante solicitação e de forma gratuita, acesso às ferramentas de medição de desempenho do CA e aos dados necessários para que os anunciantes e editores realizem a sua própria verificação independente do inventário de publicidade;
- Fornecer aos utilizadores finais ou aos seus terceiros autorizados, mediante solicitação e de forma gratuita, a portabilidade eficaz de dados (incluindo ferramentas para facilitar o seu exercício eficaz) fornecidos pelo utilizador final ou gerados através da sua atividade;
- Sujeito a restrições de dados pessoais, fornecer aos utilizadores profissionais, ou aos seus terceiros autorizados, mediante solicitação e de forma gratuita, acesso eficaz, de alta qualidade, contínuo e em tempo real aos dados agregados e não agregados (incluindo dados pessoais), fornecidos para ou gerados no contexto do uso dos CPS relevantes (ou serviços fornecidos em conjunto com ou em apoio aos CPS relevantes) por esses utilizadores profissionais e os utilizadores finais que interagem com os produtos ou serviços fornecidos por esses utilizadores profissionais;
- Fornecer a quaisquer fornecedores terceiros de motores de busca *online*, mediante solicitação, acesso em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (*FRAND*) aos dados de classificação, consulta, clique e visualização relativos a pesquisas gratuitas e pagas geradas pelos utilizadores finais nos motores de busca *online* do CA, sujeitos à anonimização de dados pessoais;
- Aplicar condições gerais de acesso *FRAND* para utilizadores profissionais às lojas de aplicações de *software*, motores de busca *online* e serviços de redes sociais *online* do CA (o CA deve publicar condições gerais de acesso, incluindo um mecanismo alternativo de resolução de litígios);
- Não impor condições gerais de rescisão desproporcionais para a prestação de CPS e garantir que essas condições sejam exercidas sem dificuldade indevida.

De acordo com o artigo 7.º do DMA, os CA que foram designados para CPS que constituam um serviço de comunicações interpessoais independente do número (NIICS, ou seja, um serviço de mensagens), devem tornar as funcionalidades básicas dos seus NIICS interoperáveis com os NIICS de outro fornecedor que ofereça ou pretenda oferecer tais serviços na UE, fornecendo, mediante solicitação, de forma gratuita e dentro de um cronograma gradual, as interfaces técnicas necessárias ou soluções similares para facilitar a interoperabilidade.

[Philipp Melcher \[+info\]](#)
[Gonçalo Rosas \[+info\]](#)
[Inês Ferrari Careto \[+info\]](#)
[Inês F. Neves \[+info\]](#)

Esta publicação é meramente informativa, não constituindo fonte de aconselhamento jurídico nem contendo uma análise exaustiva de todos os aspetos dos regimes a que se refere. A informação nela contida reporta-se à data da sua divulgação, devendo os leitores procurar aconselhamento jurídico antes de a aplicar em questões ou operações específicas. É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou integral, do conteúdo desta publicação sem consentimento prévio. Para mais informações, contacte-nos por favor através do endereço comunicacao@mlgts.pt.