BREVE APONTAMENTO SOBRE OS DESAFIOS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS EM PROCESSOS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE[1]

Luís do Nascimento Ferreira[2]

Muito se tem debatido, em tempos recentes, a melhor forma de o direito da concorrência, e particularmente a figura do abuso de posição dominante para o que aqui releva, abordar as falhas da economia digital. A propensão natural e quase intuitiva é a de considerar que as regras *antitrust* têm forçosamente que ser aplicadas aos problemas e comportamentos da era digital, quanto mais não seja porque, fruto da elasticidade e da lógica casuística em que assenta a implementação e desenvolvimento dessas regras, elas encontrarão o seu lugar, seja como reação de primeira linha às fragilidades identificadas, seja como último reduto para fazer face às limitações das outras áreas do ordenamento.

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

O primeiro passo dessas investigações é identificar e caracterizar os mercados relevantes. E, logo aqui, saltam à vista as especificidades dos modelos de negócio das plataformas digitais, uma vez que, na larga maioria das situações, os serviços que elas disponibilizam aos utilizadores não implicam custo, ou, pelo menos, não implicam um custo que seja monetizado, assentando antes na utilização de dados pessoais como "moeda de troca".

---

1 O presente texto tem por base uma intervenção feita na conferência comemorativa dos 10 anos de atividade do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência. As opiniões expressas refletem somente a visão pessoal do autor.

2 Sócio, Morais Leitão.

Ora, a verdade é que isto complexifica a tarefa de delimitar os mercados. Basta pensar que o teste SSNIP (*small but significant non-transitory increase in price*), que é 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 *qua tale* às atividades que não envolvem um sinalagma monetário.

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

Servem estas duas realidades para ilustrar que a estrutura concorrencial destes novos mercados terá de ser analisada através de outras perspetivas, que não sejam exclusivamente baseadas em parâmetros de preço. Embora não exista ainda uma metodologia única e suficientemente testada para o fazer, cremos que essas análises alternativas terão de contemplar aspetos como a qualidade do serviço, a inovação e – muito importante – os efeitos de rede. Isto, porque a atratividade das plataformas digitais, tanto para os utilizadores como para a indústria da publicidade, é tanto maior quanto maior for o número de aderentes. No fundo, poderá entender-se que a atividade base e de custo-zero destas indústrias pode, ainda assim, constituir um mercado, se considerarmos que os grandes *players* digitais competem, não apenas pela obtenção de publicidade, mas também pelo tempo e pela atenção dos utilizadores: uma espécie de "mercado da atenção".

Isto dito, as dificuldades que a era digital convoca, ao nível da definição e caracterização dos mercados relevantes e do apuramento do poder de mercado dos seus agentes, tornam-se ainda mais visíveis quando se passa para a última e crucial etapa de um processo de abuso de posição dominante, que consiste justamente em averiguar se o comportamento da empresa em causa foi abusivo, designadamente, em Portugal, à luz do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Assim é, desde logo, porque a ausência de um "preço" associado ao serviço que é disponibilizado pelas plataformas digitais condiciona a valência de algumas das teorias de dano que são usadas para se escrutinar as condutas das empresas dominantes em moldes tradicionais. Pensamos, por exemplo, nos

preços predatórios, nos descontos de fidelização, nos preços excessivos, nas restrições de produção ou na discriminação baseada em fatores quantitativos. Assim sendo, também neste particular terá de haver muita ponderação e rigor ao selecionar as metodologias de análise que melhor permitam captar os reais impactos de concorrência resultantes da atuação das *big techs*.

Chegados a este ponto, gostaríamos de fazer uma ressalva. Tem havido um intenso e alargado debate em torno das "mal feituras" da economia digital e da necessidade de uma maior intervenção das autoridades de concorrência. Não temos a pretensão de considerar que está tudo bem e que nada há a fazer neste domínio. Entendemos, aliás, que esta é uma boa oportunidade para se testar e, se necessário, afinar a adequação de algumas das ferramentas de concorrência mais convencionais aos modelos de negócio digitais. Em particular, cremos que as características destes novos mercados darão azo a um maior surgimento de casos centrados em teorias de danos conglomerais, à medida que as plataformas digitais cruzam e alargam o seu âmbito de atuação a diferentes mercados e criam aquilo que normalmente se designam por "ecossistemas digitais". Isto pode acontecer, não só por via das chamadas *killer acquisitions*, mas também de estratégias de *bundling* e alavancagem que importa naturalmente monitorizar à luz das regras sobre abusos de posição dominante. Também nos parece, num registo mais prático, que, nas investigações de abuso que envolvam estas indústrias, deve ser conferida uma atenção particular aos documentos de estratégia das empresas (designadamente, sobre a forma como percecionam o enquadramento e a evolução dos mercados em que atuam).

Em qualquer caso, confessamos uma certa crítica e desconfiança face a algumas das sugestões que têm sido avançadas como forma de reação ao poder de mercado dos grandes operadores digitais. Logo à partida, porque, antes de se partir para a discussão de possíveis mudanças, há que perceber se existe um problema; e, se existir, identificar concretamente onde é que ele reside. E, pelo menos nesta fase, não estamos inteiramente convencidos de que esse diagnóstico esteja feito e bem feito.

Fazemos notar que boa parte das sugestões que têm vindo a ser apontadas partem da premissa de que as *big techs* são os incumbentes do respetivo setor e concentram demasiado poder de mercado. Ainda recentemente foi publicado o relatório solicitado pela Comissão Europeia, sobre a política de concorrência na era digital, que dá grande foco à *incumbency advantage*[3].

3 Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye e Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, disponível em http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf.

Sucede, porém, que, quando pensamos no incumbente de um determinado mercado e nas vantagens competitivas que daí derivam, estamos normalmente a reportar-nos a uma empresa cuja posição de mercado beneficiou no passado de algum tipo de proteção jurídica ou económica (como direitos exclusivos ou especiais). No caso das *big techs*, pelo contrário, estamos a falar de empresas que criaram os seus negócios de raiz – muitas vezes "inventaram" novos mercados – e que construíram do zero os seus acervos de dados. Não nos parece, portanto, que a ideia de poder de mercado do incumbente, que tipicamente abre esta discussão, seja a mais certeira. Por outro lado, se há coisa que este novo mundo digital nos tem ensinado é que há sempre espaço para mais uma invenção, mais uma ideia ou, para usar um jargão da gíria, mais uma *app*. E não consta que os atuais grandes potentados da era digital tenham destronado os seus predecessores à custa de se apoderarem dos seus dados.

Daí que discordemos de algumas das ideias mais disruptivas que têm circulado, como o *unbundling* das grandes empresas tecnológicas ou algum tipo de relaxamento dos direitos de defesa dessas empresas (designadamente em matéria de inversão do ónus da prova no contexto de investigações das autoridades de concorrência).

Por outro lado, sem termos ideias fechadas sobre o tema, confessamos grandes reservas sobre as vantagens de, na fase atual, se começar a impor às empresas dominantes uma obrigação de disponibilização dos seus dados a concorrentes atuais ou potenciais.

Primo, porque temos dificildade em aceitar que os dados recolhidos pelas plataformas digitais sejam percecionados como uma espécie de *essential facility* equiparável aos ativos de uma *utility* convencional: *(i)* não se trata de um serviço público essencial; *(ii)* os dados não constituem um monopólio natural; e *(iii)* enquanto uma infraestrutura física serve um propósito específico, que é claro para todos, os dados podem ter usos e objetivos muito distintos (muitas vezes nem será fácil determinar se a essencialidade do *input* está nos dados em bruto ou no tratamento que lhes é dado pela empresa que os detém).

Secundo, parece-nos que a hipótese de abertura obrigatória das bases de dados pode facilmente dar origem a vários inconvenientes, porventura até superiores aos que se pretendem resolver:

(i) Existe um risco de colusão entre concorrentes. Se as maiores empresas forem forçadas a disponibilizar os seus dados através de esquemas de portabilidade ou interoperabilidade, isso pode levar a uma atenuação

da concorrência, à customização da oferta e, em última instância, ao alinhamento de comportamentos;

(ii) Há o risco de se prejudicar a inovação, se os incentivos de entrada e expansão no mercado não forem adequadamente protegidos;

(iii) Pelo menos quando estejam em causa dados pessoais, esse tipo de solução pode colidir com uma política de privacidade equilibrada;

(iv) Uma vez que os líderes de mercado e as empresas maiores tenderão a influenciar os *standards* de acesso e disponibilização de dados, a medida pode acabar por funcionar como uma barreira à entrada, que é precisamente o que se quer prevenir;

(v) Julgamos igualmente que as autoridades de concorrência não são as entidades mais bem posicionadas para impor e monitorizar uma obrigação de acesso a dados.

A par de tudo isto, julgamos que não existe ainda tempo de reflexão suficiente sobre esta indústria para se estarem já a equacionar soluções estruturais desta natureza.

As reservas que acabamos de manifestar adensam-se mais quando, como tem ocorrido, se apela a uma maior intervenção do direito da concorrência para lidar com os potenciais perigos da economia digital sob a veste dos abusos exploratórios de posição dominante, *i.e.* já não na modalidade de abuso de exclusão de concorrentes atuais ou potenciais, mas antes enquanto exploração abusiva dos utilizadores das plataformas digitais. Na verdade, esta parece-nos ser a área em que mais facilmente se pode – permita-se a liberdade estilística – "cair na tentação" de instrumentalizar as regras de abuso para fazer face a problemas que, com grande probabilidade, devem ser tratados no terreno da proteção de dados ou do direito do consumo.

Um dos melhores exemplos desta "tentação" é a recente decisão do Bundeskartellamt, que condenou o Facebook por abuso de posição dominante em resultado da sua política de recolha e tratamento de dados[4]. A utilização das regras de proteção de dados como *benchmark* exclusivo para a aferição de uma violação das regras de concorrência afigura-se-nos delicada sob vários prismas. Muito sinteticamente, não nos parece que toda e qualquer violação

4 A decisão integral (em língua alemã) está disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=8, podendo ser consultada alguma informação sobre o processo (em língua inglesa) através do seguinte endereço: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

de uma lei por parte de uma empresa dominante, neste caso assente numa alegada restrição da livre e informada escolha dos consumidores – ou, para usar a expressão do Bundeskartellamt, numa "perda de controlo sobre o uso dos seus dados" – possa substanciar automaticamente a constatação de um abuso, o qual requere a demonstração *(i)* de uma afetação da concorrência no mercado em causa, *(ii)* de que a conduta proibida ocorre como manifestação causal do poder de mercado da empresa e *(iii)* de que a conduta foi significativamente mais lesiva do que teria ocorrido num cenário contrafactual em que o mercado fosse competitivo.

Em síntese, estes são tempos desafiantes para os estudiosos e práticos da concorrência. Os estímulos trazidos pelo mundo digital não nos devem, contudo, iludir quanto à natureza dos problemas que temos pela frente e que, em nossa opinião, não poderão ser todos melhor dirimidos apenas por via de uma maior intervenção do direito da concorrência. Nem nos parece que isso seja necessariamente benéfico para os consumidores. Terá, pois, a nosso ver, de se seguir uma abordagem prudente, pois esta é uma área em que a probabilidade de erros de análise – que conduzam a "falsos negativos" ou "falsos positivos" – é ainda significativa na fase atual. Em paralelo, vemos vantagem num maior apelo à regulação e à auto-regulação para lidar com as falhas da indústria digital.