

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**O Impacto do *Big Data* no Direito da Concorrência:
O caso *Facebook/WhatsApp* e o Controlo de Concentrações na
União Europeia**

Ana Isabel Rodrigues Gomes Bidarra

Dissertação apresentada no âmbito do
Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras, sob
orientação do Professor Doutor Miguel Moura e
Silva.

Julho de 2018

*Ring the bells that still can ring, forget your perfect offering,
There is a crack in everything, that's how the light gets in.*

– Leonard Cohen, *The Anthem*

Índice

Lista de Acrónimos.....	7
Agradecimentos.....	9
Resumo.....	11
Abstract	13
Introdução	15
1. <i>Big Data</i> , Protecção de Dados Pessoais e Direito da Concorrência	18
1.1 A relevância dos dados no âmbito da Economia Digital.....	18
1.1.1 <i>Big Data</i>	20
1.1.2 <i>Big Data</i> e <i>Big Analytics</i>	25
1.2 A Protecção dos Dados Pessoais (e respectivo Estatuto Jurídico) na União Europeia ..	27
1.3 A importância jusconcorrencial do <i>Big Data</i> e a consideração da protecção de dados pessoais no âmbito do controlo de concentrações.....	33
2. Os Mercados Multilaterais.....	45
2.1 Definição e características	45
2.2 Plataformas <i>online</i>	48
2.3 Gratuidade e Direito da Concorrência.....	49
2.4 Definição de mercado relevante	52
3. O Controlo de Concentrações na União Europeia	56
3.1 Breve introdução e enquadramento legal.....	56
3.2 Apreciação substantiva das concentrações.....	65
3.2.1 As concentrações horizontais	65
3.2.1.1 Efeitos anti-concorrenciais	69
3.2.1.2 Factores de compensação.....	73
3.2.2 As concentrações verticais e conglomeradas.....	74
4. <i>Facebook/WhatsApp</i> – Análise da decisão da CE no caso M.7217	80
4.1 Mercado das aplicações de comunicações entre consumidores para <i>smartphones</i>	81
4.1.1 Concorrência ao nível da privacidade	81
4.1.2 Custos de transição, barreiras à entrada e efeitos de rede	89
4.2 Mercado de serviços de redes sociais	100
4.3 Mercado de serviços de publicidade <i>online</i>	102
4.4 Considerações e perspectivas	116
Conclusão	125
Bibliografia	128

Lista de Acrónimos

AEPD - Autoridade Europeia para a Protecção de Dados
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE – Comissão Europeia
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos
DPCE – Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas
IA – Inteligência Artificial
IdC– Internet das Coisas
IHH – Índice Herfindahl–Hirschman
MUD - Mercado Único Digital
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
RGPD –Regulamento Geral de Protecção de Dados
RCUE – Regulamento das Concentrações da União Europeia
SSNIP – *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*
SSNDQ - *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality*
TGUE – Tribunal Geral da União Europeia
TIC – Tecnologias da Informação e Comunicação
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE – União Europeia
EUA – Estados Unidos da América

Agradecimentos

À minha família;

Ao Samuel;

Ao meu orientador, Professor Doutor Miguel Moura e Silva.

Resumo

A economia digital revolucionou a estrutura tradicional e o funcionamento dos mercados. Os dados pessoais são considerados o “novo petróleo” da actividade económica, um recurso fundamental cuja recolha e análise em larga escala são potenciadas pelo desenvolvimento das TIC. A simbiose entre *Big Data* e *Big Analytics* pode promover um ambiente concorrencial benéfico, para empresas e consumidores, mas à medida que se expandem as fronteiras da inovação e da ciência surgem preocupações que colocam em causa esta nova dinâmica de mercado. Pugnamos que na circunstância em que as empresas concorrem nos mercados digitais orientados por dados e os consumidores, enquanto titulares de dados pessoais, são negativamente afectados, designadamente pelo decréscimo da qualidade do tratamento dos dados pessoais, há lugar à intersecção entre o direito da concorrência e o direito da protecção de dados que justifica uma intervenção coordenada com vista à análise holística das questões suscitadas. As plataformas digitais multilaterais com modelos de negócio assentes na monetização de *Big Data* através da publicidade apresentam um desafio aos instrumentos de concorrência tradicionais, baseados no preço, que se encontram desadequados para proceder a uma apreciação cabal destes mercados. Através da análise da decisão da CE na operação de concentração *Facebook/WhatsApp* demonstramos a necessidade de melhor compreensão do funcionamento das plataformas multilaterais e a premência na adequação das ferramentas de análise jusconcorrenciais à apreciação das concentrações motivadas por dados num contexto digital.

Palavras-chave: *Big Data*; direito da concorrência; protecção de dados pessoais; controlo de concentrações; plataformas multilaterais.

Abstract

The digital economy has revolutionized the traditional structure and functioning of the markets. Personal data is considered the "new oil" of economic activity, a key resource whose large-scale collection and analysis is enhanced by the development of ICT. The symbiosis between Big Data and Big Analytics can foster a beneficial competitive environment for businesses and consumers, but as the frontiers of innovation and science expand, concerns arise challenging this new market dynamics. It is argued that when companies compete in the data-driven digital markets and consumers, as holders of personal data, are adversely affected, in particular by the decrease in the quality of the processing of personal data, there is an intersection between competition and data protection law that justifies a coordinated intervention for the holistic examination of the issues raised. Digital multisided platforms with business models which rely on the monetization of Big Data through advertising present a challenge to the traditional price-based competition tools that are unsuited to a thorough appreciation of these markets. The need for a better understanding of the functioning of multisided platforms is demonstrated through the analysis of the EC's decision in the Facebook/WhatsApp merger, and the urge to adjust the competitive analysis toolset for the assessment of data-driven mergers in a digital context is also stressed.

Keywords: Big Data; competition law; data protection; merger control; multisided platforms.

Introdução

A economia digital modificou a estrutura tradicional dos mercados e o rápido desenvolvimento tecnológico tem um impacto significativo nos agentes económicos, nos consumidores e na sociedade.

Milhões de utilizadores divulgam diariamente, enquanto contrapartida da utilização de serviços *online*, uma vasta quantidade de dados pessoais. Com estes dados, os prestadores de serviços *online* podem não só melhorar o seu serviço, adaptando-o ao utilizador, mas também vender espaço publicitário com base na navegação *online* dos utilizadores e nas preferências reveladas pela análise dos seus dados pessoais.

Os modelos de negócio digitais, mormente as plataformas multilaterais, são frequentemente assentes na aquisição e tratamento de dados pessoais em larga escala (*Big Data*). A concorrência nestes mercados envolve cada vez mais características relacionadas com a exploração comercial de dados pessoais, o que significa que a mesma estratégia empresarial (p.e. uma operação de concentração) pode criar, simultaneamente, preocupações ao nível da protecção de dados pessoais e do direito da concorrência. Os danos potenciais destas operações não são negligenciáveis.

Por este motivo, pretendemos que a presente dissertação constitua um *apport* para o importante debate em torno da relevância e impacto do *Big Data* em sede de controlo de concentrações.

Para o efeito, procederemos à operacionalização do conceito de *Big Data*, circunscrevendo-o ao tratamento de dados pessoais em larga escala, evidenciando as suas características mais relevantes e a sua relevância jusconcorrencial. Procuraremos, ainda, sugerir uma relação de mútuo reforço entre a legislação de protecção de dados e o direito da concorrência.

Verificaremos, em especial, as características essenciais das plataformas multilaterais, enquanto modelos de negócio digitais, com vista a demonstrar a pertinência da análise

jusconcorrencial com recurso a parâmetros não baseados no preço, tais como a qualidade, quando um dos lados da plataforma é gratuito.

De seguida, procederemos a uma análise crítica da decisão da Comissão Europeia (CE) no caso respeitante à aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook* (caso M.7217).

Apreciaremos a adequação do Regulamento das Concentrações da União Europeia (RCUE) ao nível da análise e avaliação das preocupações jusconcorrenciais relacionadas com a dimensão da qualidade, procurando demonstrar que esta pode ser parte integrante da apreciação das operações de concentração, apesar da dificuldade prática em medi-la e avaliá-la, atenta a abordagem dominante da CE, baseada no preço. Notaremos, contudo, a insuficiência dos limiares actualmente em vigor para a definição de concentração de dimensão europeia, que consideram exclusivamente o volume de negócios das empresas objecto da concentração, uma vez que, nos mercados orientados por dados (*data-driven*) as empresas nem sempre têm um volume de negócios elevado, existindo o risco de determinadas operações escaparem à apreciação da CE, a menos que as partes o solicitem especificamente.

Em síntese, é nosso fito evidenciar a latitude da legislação de concorrência vigente e demonstrá-la aplicável à economia digital desde que adaptada às peculiaridades do mercado digital. Embora as ferramentas necessárias estejam, em larga medida, disponíveis, as autoridades de concorrência e os tribunais têm de estar dispostos a empregá-las de forma a garantir que a análise da concorrência reflecta a realidade concorrencial dos mercados digitais. Para o efeito, são fornecidas recomendações para aproximar a aplicação do direito da concorrência das exigências de mercados dinâmicos e para proteger adequadamente o bem-estar dos consumidores no ambiente *online*.

Considerando que a bibliografia consultada se encontra, na sua maioria, em língua inglesa, optámos pela tradução para língua portuguesa de diversas citações, pelo que, salvo nos casos em que indiquemos expressamente que as traduções se devem a outro autor, estas serão da nossa autoria e inteira responsabilidade.

Por nossa decisão, esta dissertação mantém a grafia anterior ao Acordo Ortográfico de 1990.

1. *Big Data*, Protecção de Dados Pessoais e Direito da Concorrência

*Big Data is neither inherently good, evil, nor neutral. Its social value depends on the industry and the purpose and effect of the data-driven strategy.*¹

1.1 A relevância dos dados no âmbito da Economia Digital²

Em plena era do dataísmo,³ os dados, avaliados como o “novo petróleo”,⁴ tornaram-se um recurso fundamental para o crescimento económico, a competitividade, a inovação, a criação de emprego e o progresso da sociedade em geral.⁵

Embora o tratamento de dados não seja uma novidade para as actividades económicas e sociais, a escala e o poder das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), que permitem a sua monetização, desenvolvem-se a um ritmo extraordinário. As operações de recolha, conservação e análise de dados registam uma trajectória ascendente e ilimitada, potenciada por desenvolvimentos tecnológicos sem precedentes ao nível da capacidade de processamento, pela diminuição dos custos relacionados com a computação e conservação⁶ e pelo desenvolvimento de fenómenos como a Internet das Coisas (IdC) e a Inteligência Artificial (IA).⁷

¹ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 2, numa adaptação da primeira lei (de seis, criadas com o intuito de orientar o debate acerca da relação entre o Homem e a Tecnologia) de Melvin Kranzberg: *Technology is neither good nor bad; nor is it neutral*.

² A economia digital é um termo genérico que visa descrever os mercados que se concentram em tecnologias digitais. Estes envolvem tipicamente o comércio de bens ou serviços de informação através do comércio electrónico, em OECD, «The Digital Economy», 2012, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.

³ Byung-Chul Han, *Psicopolítica: Neoliberalismo e novas técnicas de poder* (Relógio D'Água, 2015), 66, definindo-o como a "revolução dos dados", um "novo credo".

⁴ Nas palavras da antiga Comissária Europeia para a Protecção dos Consumidores: *Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world* em Meglena Kuneva, «Keynote Speech», *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, 31 de Março de 2009, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm; e, também, em *The Economist*, «The world's most valuable resource is no longer oil, but data», acedido em 18 de Junho de 2018, consultado em 18 de Junho de 2018, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

⁵ Comissão Europeia, «Construir uma Economia Europeia dos Dados», 2017, 2, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN>.

⁶ De acordo com os dados facultados pelo Executive Office of the President, em «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values» (Washington, 2014), 2, o desenvolvimento tecnológico reduziu os custos de criação, recolha, gestão e armazenamento de informação para um 1/6 do valor de 2005.

⁷ Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016), 15–19.

O *Bundeskartellamt* e a *Autorité de la Concurrence* enfatizam, aliás, a alteração dos hábitos dos consumidores, que, além de transportarem consigo dispositivos que permitem o registo constante da sua geolocalização, utilizam cada vez mais a Internet para actividades como a leitura de notícias, a visualização de filmes e séries, a audição de programas de rádio *online* e para a partilha de conteúdos em redes sociais, o que permite que as empresas “registem as suas acções de uma forma tão precisa que podem ser retiradas conclusões detalhadas e individualizadas sobre a sua receptividade a mensagens de venda.”⁸

Numa comunicação adoptada pela Comissão Europeia (CE) no âmbito da sua estratégia para o Mercado Único Digital (MUD),⁹ foi introduzido o conceito de Economia Europeia dos Dados, aí caracterizado como “um ecossistema de diferentes tipos de intervenientes no mercado (...) que colaboram para garantir que os dados são acessíveis e utilizáveis.” que “permite aos intervenientes no mercado extrair valor desses dados, através da criação de um leque de aplicações com um grande potencial de melhoria da vida quotidiana (por exemplo, gestão do tráfego, otimização das colheitas ou cuidados de saúde à distância)”.¹⁰

Ora, nesta Economia Europeia dos Dados, grande parte dos produtos e serviços digitais são aparentemente gratuitos, mas, como veremos adiante, os dados pessoais facultados pelos consumidores para aceder a estes são considerados como um género de contra-prestação, um meio de pagamento.¹¹ A exploração económica das actividades de tratamento de dados pessoais pelas empresas é um claro indicador de que os dados, designadamente os dados pessoais, são um bem valioso em que vale a pena investir.

⁸ *Bundeskartellamt* e *L’Autorité de la Concurrence*, «Competition Law and Data», 2016, 11.

⁹ «Comunicação da Comissão: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa», 2015, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=PT>.

¹⁰ Comissão Europeia, «Construir uma Economia Europeia dos Dados», 2.

¹¹ *Estas ferramentas incrivelmente poderosas, como os motores de busca e redes sociais, estão disponíveis gratuitamente. Em muitos casos, isso é porque nós, enquanto consumidores, temos uma nova moeda que podemos usar para pagar por eles – os nossos dados* - Margrethe Vestager, «Competition in a Big Data World», *DLD* 16, 17 de Janeiro de 2016, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en; e, no mesmo sentido, Giovanni Buttarelli, «Keynote Speech», *FutureTech Congress*, 25 de Maio de 2017, 1.

Com efeito, os modelos de negócio que dependem dos dados enquanto *inputs* decisivos são cada vez mais populares e a emergência dos dados enquanto activos nas estratégias empresariais, fenómeno facilitado pelo célere desenvolvimento das TIC, exige uma análise factual e empírica¹² que vise uma melhor compreensão da sua exploração económica.

1.1.1 *Big Data*

O *Big Data* designa, antes de mais, o facto de existir actualmente um fluxo de informação sem precedentes e que serve novos e extraordinários propósitos. Permite-nos “aprender, com um grande volume de informação, coisas que não poderíamos compreender com a utilização de quantidades menores”¹³ de dados e é “caracterizado pela capacidade de transformar em dados muitos aspectos do mundo que nunca foram quantificados antes”,¹⁴ num processo de datificação.¹⁵ A localização, por exemplo, foi datificada “primeiro com a invenção da longitude e da latitude, e mais recentemente com os sistemas de GPS por satélite. (...). Até as amizades e os *likes* são datificados, via *Facebook*.”¹⁶ A Comissão Europeia (CE) oferece uma definição de *Big Data* que permite uma percepção aproximada da amplitude dos dados sujeitos a operações de tratamento nesse contexto:

O termo «Megadados» (ou grandes volumes de dados) designa grandes quantidades de dados de diferentes tipos produzidos a partir de vários tipos de fontes, nomeadamente pessoas, máquinas e sensores. Pode tratar-se de informação sobre o clima, imagens de satélite, vídeos e fotografias digitais, registos de transações ou sinais GPS. Os Megadados podem incluir dados pessoais: ou seja, quaisquer informações respeitantes a um indivíduo, e podem ser tudo e mais alguma coisa, nomeadamente um nome, uma

¹² OECD, «Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value», OECD Digital Economy Papers (Paris, 2013), 4, <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.

¹³ Kenneth Cukier e Viktor Mayer-Schoenberger, «The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think About The World», *Foreign Affairs* 92, n. 3 (2013): 28.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ EDPS, «Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy», *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, 2014, 9, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

¹⁶ Cukier e Mayer-Schoenberger, «The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think About The World», 29.

fotografia, um endereço de correio eletrónico, informações bancárias, mensagens publicadas em redes sociais, informações médicas ou um endereço IP de computador.¹⁷

Contudo, apesar de utilizada frequentemente nos mais diversos contextos, a expressão *Big Data* não apresenta uma definição unívoca¹⁸ nem se revela capaz de ser cabalmente compreendida,¹⁹ pelo que cumpre, desde já, operacionalizar o conceito para efeitos do presente trabalho, circunscrevendo-o a operações de tratamento de dados pessoais²⁰ em larga escala.

O *Big Data*, enquanto fenómeno tecnológico, é comumente caracterizado por 4 Vs²¹:

i) **O volume dos dados;**

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) afirma que “A digitalização de quase todos os meios de comunicação social e a crescente migração das actividades sociais e económicas para a *Internet* (...) geram *petabytes*²² (...) de dados a cada segundo” e que “Com a crescente implementação e interconexão de sensores (...) através de redes fixas e móveis (...), cada vez mais actividades *offline* também são registadas digitalmente²³, dando origem a uma onda adicional de dados.”²⁴

¹⁷ Comissão Europeia, «A Reforma da UE sobre a Protecção de Dados e os Megadados», 2016, 2, disponível em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/51fc3ba6-e601-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>.

¹⁸ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 15; President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 2; Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 15, *inter alia*.

¹⁹ Giovanni Buttarelli, "Keynote Speech" (Discurso proferido no *FutureTech Congress*, Varsóvia, 25 de Maio de 2017).

²⁰ Entendidos enquanto qualquer “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)", nos termos do 1) do artigo 4.º do Parlamento Europeu e Conselho, «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)», 2016; OECD, «Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value», 7.

²¹ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report» (Paris, 2014), 30, <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>; Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 15; Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 16; OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation» (Paris, 2013), 325, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264193307-en>.

²² Um *petabyte* é uma unidade de medida de informação que equivale a 1024 *terabytes*.

²³ De facto, com a evolução e disseminação da IoT, sensores, microfones e câmaras vão recolher cada vez mais dados sobre os indivíduos em diversos contextos (nas suas casas, carros, escolas, emprego ou tempos livres) permitindo a sua monitorização em tempo real, tornando a realidade em que vivemos cada vez mais próxima à ficção retratada, por exemplo, em séries como *Black Mirror* (Netflix, 2015).

²⁴ OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation», 322.

Importa considerar, ainda, a diminuição dos custos ao nível da recolha e armazenamento de grandes volumes de dados, – a par da eclosão do *cloud computing* - o advento da banda larga, a disseminação de dispositivos electrónicos inteligentes e a adesão em massa a redes sociais,²⁵ onde os consumidores fornecem activa e passivamente uma abundante quantidade de dados sobre si próprios.²⁶

Não obstante, apesar da publicação e partilha diária de mais de 500 milhões de fotografias e de mais de 200 horas de vídeo por minuto, o volume de informações criado pelas pessoas, i.e., toda a gama de comunicações, desde chamadas de voz, *emails* e SMS, a fotografias, vídeo e música, é insignificante se comparado com o volume de informações digitais criadas sobre elas todos os dias.²⁷

ii) A **velocidade** a que os dados são recolhidos, analisados e disseminados; A velocidade dos dados tem de ver com a celeridade com que estes são produzidos, acedidos, analisados e difundidos. A rapidez das diversas operações de tratamento tem aumentado, chegando a ocorrer, em muitos casos, em tempo real.²⁸

Numa carta endereçada aos accionistas da *Amazon*, Jeff Bezos realça a importância desta característica, transmitindo-lhes que, para manter uma posição cimeira no mercado “há que, de alguma forma, tomar decisões de alta qualidade a alta velocidade (...). As equipas séniores da *Amazon* estão determinadas a manter em níveis elevados a nossa velocidade de tomada de decisão. A velocidade é importante nos negócios (...)”.²⁹

Num contexto empresarial tradicional, qualquer decisor aguarda o tempo necessário (dias, semanas, meses) para a obtenção de informações que lhe permita tomar decisões

²⁵ Fenómeno designado como “enxame digital” por Byung-Chul Han, *No Enxame. Reflexões sobre o Digital* (Relógio D’Água, 2016), 22.

²⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 17.

²⁷ Executive Office of the President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 2.

²⁸ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 19; McKinsey Global Institute, «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 2011, 98.

²⁹ Jeff Bezos, «Letter to Shareholders», 2017, disponível em <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312517120198/d373368dex991.htm>.

consideradas de alta qualidade – esta abordagem é caduca para um gigante tecnológico (*tech giant*) como a *Amazon*, que considera a velocidade na tomada de decisão um dos vectores mais importante para a manutenção da posição de liderança.³⁰ O fenómeno denominado por *nowcasting*, que permite a previsão dos acontecimentos no momento exacto em que ocorrem,³¹ é um exemplo da velocidade na análise dos dados e da relevância e utilidade dos dados em tempo real,³² numa época de autêntica digitalização humana, em que os ambientes real e *online* parecem convergir.

Além da velocidade entendida enquanto rapidez no processo analítico subjacente à tomada de decisões, importa mencionar ainda a velocidade crescente a que um elevado número de dados não estruturados, provenientes de um número exponencialmente crescente de fontes,³³ chegam às empresas. O fluxo de dados é massivo e contínuo.

iii) A **variedade** dos dados acumulados;

A variedade dos dados diz respeito à diversidade de fontes e aos tipos de dados – estruturados e não estruturados.³⁴

Hoje, contrariamente às práticas de antanho,³⁵ os dados assumem as mais diversas formas (*emails*, fotografias, áudio, vídeos, sinais de GPS, etc.) e esta variedade de dados não estruturados³⁶ revoluciona os meios tradicionais de conservação, extracção de informação³⁷ e análise dos mesmos.³⁸

Neste processo de digitalização das actividades comerciais, as novas fontes de informação e os preços decrescentes dos equipamentos de conservação e análise unem-

³⁰ Ibid.

³¹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 19.

³² Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 19.

³³ James R. Kalyvas e Michael R. Overly, eds., *Big Data: A Business and Legal Guide* (Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2015), 5.

³⁴ Para uma melhor compreensão e distinção entre as tipologias de dados *vide* Henning Baars e Hans-George Kemper, «Management Support with Structured and Unstructured Data—An Integrated Business Intelligence Framework», *Information Systems Management*, 2008, 132–33, doi:10.1080/10580530801941058.

³⁵ Tradicionalmente, os dados tinham uma natureza estruturada e eram conservados, na maioria dos casos, em folhas de cálculo e bases de dados pouco sofisticadas.

³⁶ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 11.

³⁷ Processo comumente denominado de *data mining*.

³⁸ Kalyvas e Overly, *Big Data: A Business and Legal Guide*, 5.

se para reforçar esta nova era em que abundam vastos volumes de dados sobre qualquer tema de interesse empresarial. Os consumidores tornaram-se fábricas de dados ambulantes.³⁹ A variedade de informação recolhida acerca do mesmo indivíduo aumenta, a par do volume e velocidade no tratamento de dados, o valor dos mesmos.⁴⁰

iv) O **valor** dos dados.

Em bom rigor, o mero acesso ao *Big Data* é inútil a não ser que dele se possa extrair valor. Há, contudo, um importante *caveat* a este respeito: a análise do valor dos dados *ex ante* é praticamente impossível visto que a informação dele resultante é dependente de contexto. Uma vez que a informação depende de contexto, o valor e a qualidade dos dados dependem, por norma, da utilização pretendida, o que significa que dados considerados de excelente qualidade para determinada finalidade podem ser de fraca qualidade para outra.⁴¹

De acordo com o relatório publicado pelo *McKinsey Global Institute* “Há muitas formas de utilizar o *big data* para criar valor entre os sectores da economia global. (...) estamos à beira de uma tremenda onda de inovação, produtividade e crescimento, bem como de novos tipos de concorrência e captura de valor - todos impulsionados pelo *big data*, à medida que consumidores, empresas e sectores económicos exploram o seu potencial”.⁴²

O valor dos dados está intrinsecamente ligado ao valor socioeconómico que é obtido através da utilização de *Big Data* - é o potencial valor económico e social que motiva a concentração e o tratamento dos dados nesta escala.⁴³ Há mesmo quem se refira à dimensão socioeconómica do *Big Data* como um novo factor de produção.⁴⁴ O volume, a variedade dos dados recolhidos e a velocidade a que ocorrem as operações de

³⁹ Andrew McAfee e Erik Brynjolfsson, «Big Data: The Management Revolution», *Harvard Business Review*, 2012, disponível em <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>.

⁴⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 21.

⁴¹ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 26.

⁴² McKinsey Global Institute, «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 2.

⁴³ OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation», 352.

⁴⁴ *Ibid.*

tratamento aumentaram devido ao valor atribuído aos dados⁴⁵ e este deriva dos demais Vs⁴⁶. Efectivamente, o volume dos dados permite que as empresas encontrem correlações entre grandes volumes de dados não estruturados, a variedade (e também a fusão) enriquece o acervo da empresa e a velocidade⁴⁷ facultar-lhe a capacidade de ser a primeira a recolher, analisar e utilizar os dados, conferindo-lhe uma vantagem competitiva face aos seus concorrentes.⁴⁸

Em suma, o *Big Data* é um “recurso e um instrumento. O seu objectivo é informar, em vez de explicar; aponta para a compreensão, mas pode originar equívocos, dependendo da forma como é utilizado. E, por mais deslumbrante que pareça o poder do *Big Data*, o seu brilho sedutor nunca nos deve cegar relativamente às suas inerentes imperfeições. Em vez disso, devemos adoptar esta tecnologia com um reconhecimento não só do seu poder mas também das suas limitações.”⁴⁹

1.1.2 *Big Data* e *Big Analytics*

O volume de dados criados e sujeitos a tratamento no contexto da economia digital não se coaduna com os tradicionais métodos de conservação e análise. As operações, designadamente ao nível da conservação e valorização destes dados em estado bruto (*raw data*), requerem técnicas inovadoras.

O *Big Data* é também definido enquanto um “conjunto de dados cujo tamanho está além da capacidade de ferramentas de *software* de bases de dados típicas ao nível da recolha, armazenamento, gestão e análise”,⁵⁰ o que nos remete para o seu aliado, o *Big*

⁴⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 22.

⁴⁶ *Ibid.*, 23.

⁴⁷ Com sistemas de monitorização em tempo real e algoritmos inteligentes que actualizam automaticamente as suas inferências e previsões, as empresas facilmente superam os seus concorrentes ao serem as primeiras a decifrar alterações no mercado, *Ibid.*, 24.

⁴⁸ *Ibid.*, 23.

⁴⁹ Cukier e Mayer-Schoenberger, «The Rise of Big Data: How It’s Changing the Way We Think About The World», 40.

⁵⁰ McKinsey Global Institute, «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 1.

Analytics,⁵¹ que designa, essencialmente, um “processo de análise de grandes quantidades de dados (*Big Data*) para descobrir padrões, correlações e outras informações úteis.”⁵²

Essencialmente, *Big Analytics* significa a extracção de conhecimento de grandes volumes de dados, através de soluções de *software* de elevada *performance*, e a capacidade de o traduzir numa vantagem comercial, motivo pelo qual funciona como uma importante bússola para qualquer processo de tomada de decisões – i.e., o principal objectivo do *Big Analytics* é ajudar as empresas a tomar melhores decisões comerciais. Assim, *Big Data* e *Big Analytics* revelam uma relação simbiótica, de reforço mútuo, uma vez que o primeiro teria menos valor se as empresas não tivessem ferramentas capazes de analisar rapidamente os dados e tomar decisões com base neles e o último, nomeadamente os algoritmos *machine learning*,⁵³ depende do acesso a grandes volumes de dados.⁵⁴

Note-se que, conforme indica a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados (AEPD), “A Inteligência Artificial, como a robótica, diz respeito a uma necessidade tecnológica para máquinas autónomas (...) O seu avanço oferecerá um potencial imenso que ultrapassa a sua aplicação actual. Aos algoritmos *deep learning* ensinam-se tarefas através do tratamento de grandes conjuntos de dados utilizando (entre outras coisas) redes neurais que parecem imitar o cérebro”,⁵⁵ o que significa que a capacidade de aprendizagem dos algoritmos se desenvolve à medida em que têm acesso a dados relevantes⁵⁶ e que está em causa o desenvolvimento de sistemas autónomos capazes de aprender com dados de situações pretéritas e de tomar decisões autonomamente

⁵¹ Também definido como “a capacidade de criar algoritmos com aptidão para aceder e analisar vastas quantidades de informação” por Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 15.

⁵² Comissão Europeia, Caso Comp/M.7023 - Publicis/Omnicom, 119, para. 617 (2014).

⁵³ Para melhor compreensão do seu *modus operandi*, vide OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 4.

⁵⁴ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 16; Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 23.

⁵⁵ EDPS, «Towards a new digital ethics», *Opinion 4/2015*, 2015, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf.

⁵⁶ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 16.

com base na análise desses mesmos dados – estes sistemas conseguem executar um número crescente de tarefas que no passado exigiam intervenção humana.^{57 58}

Esta simbiose promove, por vezes, um ambiente concorrencial benéfico em que são favorecidos os agentes no mercado e os consumidores, mas, à medida que as fronteiras da inovação e da ciência se expandem, parece ser perigosa a assunção de que beneficiaremos sempre desta nova dinâmica de mercado. Parece-nos importante considerar os riscos sociais e económicos da utilização comercial dos dados pessoais e analisar criticamente o complexo contexto algorítmico *supra* descrito e as idiosincrasias de determinadas estratégias digitais, com vista a detectar cenários que apresentem riscos jusconcorrenciais, que poderão afectar o bem-estar do consumidor e que não podem ser ignorados apenas porque ocorrem no ecossistema da designada economia digital.

1.2 A Protecção dos Dados Pessoais (e respectivo Estatuto Jurídico) na União Europeia

In order to answer the challenges of big data we need to allow innovation and protect fundamental rights at the same time. To achieve this, the established principles of European data protection law should be preserved but applied in new ways.⁵⁹

No presente trabalho utilizaremos indistintamente os conceitos de privacidade e de protecção de dados, conscientes das dissemelhanças que os autonomizam, designadamente ao nível do âmbito e da substância,⁶⁰ justificando-o, para cumprimento do nosso desiderato, na sobreposição substancial verificada entre ambos.

⁵⁷ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 4.

⁵⁸ Veja-se, a título de exemplo, a funcionalidade de condução autónoma nos modelos Tesla e a promessa de Elon Musk no sentido de introduzir no mercado um carro completamente automático até ao final deste ano *in* Jimmy Wallis, «Elon Musk will make driverless cars a reality sooner than you think», *Wired*, consultado em 18 de Junho de 2018, <http://www.wired.co.uk/article/fully-autonomous-cars-are-almost-here>.

⁵⁹ EDPS, «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability», *Opinion 7/2015*, 16, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf.

⁶⁰ Aprofundadas, por exemplo, em Juliane Kokott e Christoph Sobotta, «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR», *International Data Privacy Law* 3, n. 4 (2013): 222–28.

Sem prejuízo da previsão, no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), do direito ao respeito pela vida privada e familiar, foi a Convenção 108 do Conselho da Europa para a Protecção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de Janeiro de 1981 (Convenção 108), o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo em sede de protecção de dados.

A partir de 1995, o tratamento de dados pessoais passa a estar sujeito às obrigações impostas pela Directiva de Protecção de Dados (DPD),⁶¹ que visa proceder a uma harmonização da defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares, assegurando que o tratamento de dados pessoais é efectuado de forma lícita, leal, transparente e com uma finalidade determinada.

Em 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que oferece uma base sólida para a criação de um sistema de protecção de dados mais eficaz, assistimos à elevação da protecção de dados ao estatuto de direito fundamental. Com efeito, o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), integrada no Tratado de Lisboa e juridicamente vinculativa nas instituições e órgãos da UE e nos Estados-Membros ao aplicarem a legislação da UE, consagra a protecção dos dados pessoais enquanto direito fundamental.

A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram, principalmente nas últimas duas décadas, novos desafios em matéria de protecção de dados pessoais: as operações de recolha e partilha de dados pessoais registaram um aumento exponencial, “as novas tecnologias permitem às empresas privadas e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes no exercício das suas atividades. As pessoas disponibilizam cada vez mais as suas informações pessoais de uma forma pública e global. As novas tecnologias transformaram a economia e a vida social.”⁶²

⁶¹ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁶² Parlamento Europeu e Conselho, «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à

Assim, em Janeiro de 2012, a CE apresentou uma proposta de Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD)⁶³, com o objectivo de revogar a DPD, cuja actualização se demonstrava necessária, uma vez que, apesar da validade dos seus objectivos e princípios, “ não permitiu evitar uma fragmentação na execução da protecção dos dados pessoais na União Europeia, bem como a insegurança jurídica e o sentimento generalizado na opinião pública de que subsistem riscos significativos, particularmente nas actividades *online*”.⁶⁴ Desta proposta resultou o RGPD, que procede a uma verdadeira harmonização legislativa (a criação de um *level playing field*) ao nível da protecção de dados pessoais na UE e que entrou em vigor no dia 25 de Maio de 2016, tendo consagrado um período transitório de 2 anos, findo no dia 24 de Maio de 2018, tornando-se, a partir dessa data, directamente aplicável em todos os Estados-Membros.

No âmbito da estratégia para o MUD,⁶⁵ a CE anunciou a revisão da Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas (DPCE),⁶⁶ com o objectivo de proporcionar um nível elevado de protecção da privacidade dos utilizadores de serviços de comunicações electrónicas e condições de concorrência equitativas para todos os intervenientes no mercado. Destarte, foi tornada pública, em Janeiro de 2017, a proposta de Regulamento sobre Privacidade e Comunicações Electrónicas (Regulamento *e-Privacy*), que constata que “os consumidores e as empresas dependem cada vez mais de novos serviços baseados na Internet que permitem comunicações interpessoais, tais como a voz sobre IP, mensagens instantâneas e serviços de correio electrónico com base na web, em detrimento dos serviços de comunicações tradicionais” e reconhece que “estes serviços de comunicações suplementares através da *internet* («OTT») não são, de um modo geral, abrangidos pelo atual quadro para as comunicações

livre circulação desses dados», 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=en>.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Comissão Europeia, «Comunicação da Comissão: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa».

⁶⁶ Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

electrónicas da União (...) daí resultando um vazio de protecção das comunicações transmitidas através de novos serviços”.⁶⁷

Esta proposta procede, assim, a significativas alterações ao nível das comunicações electrónicas,⁶⁸ e introduzirá novas regras para a protecção dos dados dos utilizadores no domínio do envio de comunicações comerciais (*marketing*) e na utilização de mecanismos electrónicos de rastreio da navegabilidade e comportamento *online* (*cookies, web beacons, etc.*). O Regulamento *e-Privacy*, que ainda não é aplicável, tem como objectivo complementar o RGPD, funcionando com uma *lex specialis* em relação a este, pormenorizando-o e completando-o no que diga respeito aos dados de comunicações electrónicas que sejam considerados dados pessoais (inclusive metadados).⁶⁹

Constituindo, até à data, o instrumento legislativo mais abrangente e progressista da era digital, o RGPD, apesar de ser o dispositivo orientador dos esforços europeus em matéria de protecção de dados, enfrenta desafios, nomeadamente com a emergência do *Big Data*.^{70 71} Norteados pelo propósito de constituir uma resposta à crescente exploração dos dados pessoais na economia digital, o RGPD contém diversas regras cuja formulação abstracta almeja claramente a protecção dos indivíduos enquanto titulares

⁶⁷ «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à protecção dos dados pessoais nas comunicações electrónicas», 2017, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=PT>.

⁶⁸ Aí entendidas como qualquer forma de comunicação realizada através da *Internet - emails* e aplicações -, inclusive pelos serviços de comunicação *Over the Top* (OTT), *VoIP*, a *IdC* e serviços de *messaging* e *webmail*, como o *Skype*, o *WhatsApp*, *Facebook Messenger*, *Gmail*, etc.

⁶⁹ Este conceito refere-se à informação retirada de dados enquanto fonte principal, i.e., “incluem os números ligados, os sítios *web* visitados, a localização geográfica, a hora, a data e duração da chamada, etc., permitindo tirar conclusões precisas relativas à vida privada das pessoas envolvidas na comunicação electrónica, tais como as suas relações sociais, os seus hábitos e atividades da vida quotidiana, os seus interesses, gostos, etc.” cfr. considerando (2) de Parlamento Europeu e Conselho, «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à protecção dos dados pessoais nas comunicações electrónicas».

⁷⁰ Janne Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law» (Hanken School of Economics, 2018), 10, disponível em [⁷¹ Reconhecendo, ainda em 2015, os desafios e riscos apresentados pelo *Big Data* e a necessidade de compatibilizar a inovação com o respeito pelos direitos fundamentais, EDPS, «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability», Opinion 7/2015, 4, disponível em \[https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf\]\(https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf\).](https://helda.helsinki.fi/dhanken/bitstream/handle/123456789/183220/tarkoma.pdf?sequence=1&isAllowed=y; Buttarelli, «Keynote Speech», 2.</p></div><div data-bbox=)

de dados pessoais. Todavia, ainda não é suficientemente claro se o RGPD fornece uma estrutura legal suficientemente específica para actividades de tratamento de dados em larga escala num ambiente *online*. O propósito geral da política de privacidade e protecção de dados da UE é proporcionar aos titulares direitos de controlo sobre as várias etapas do tratamento dos seus dados pessoais⁷² mas o célere desenvolvimento tecnológico associado ao *Big Data* está além da capacidade de compreensão do utilizador médio – que deveria estar ciente, pelo menos, dos efeitos das suas acções *online* (e o efeito causal na própria navegabilidade). É que apesar do rigor das regras do RGPD, o *Big Data* desafia princípios importantes como, por exemplo, a limitação das finalidades e a minimização dos dados⁷³ e os modelos de negócio digitais baseados em dados adoptam constantemente estratégias com vista à criação de uma vantagem competitiva sobre os concorrentes,⁷⁴ medindo e analisando o acervo de dados que possuem e procurando mais variedade e volume com vista à maximização da sua posição no mercado.⁷⁵

Além das oportunidades de negócio e outras vantagens económicas potenciadas pelo *Big Analytics*, “as vastas quantidades de dados sujeitos a tratamento são cada vez mais utilizadas para a monitorização do comportamento humano, originando preocupações relacionadas com a privacidade e a própria autodeterminação.”⁷⁶ As motivações subjacentes a estas actividades “relacionam-se frequentemente com a vigilância⁷⁷

⁷² Cfr. considerando (68) do Parlamento Europeu e Conselho, «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)».

⁷³ Por exemplo, com esta tecnologia, os dados são reutilizados e combinados com outros dados, inclusive para utilizações que, sem determinação do responsável pelo tratamento dos dados, vão além do motivo que originou a recolha dos mesmos *in* President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 54; Notando que a função essencial da tecnologia utilizada para analisar o *Big Data* é possibilitar a reutilização dos dados recolhidos inicialmente para fins específicos, e apenas para esses fins, Maria Eduarda Gonçalves, «The EU Data data protection reform and the challenges of big data: remaining uncertainties and ways forward», *Information & Communications Technology Law* 26, n. 2 (2017): 96.

⁷⁴ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 38.

⁷⁵ Executive Office of the President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 54.

⁷⁶ Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law», 21.

⁷⁷ “(...) a vigilância – o monitorizar do comportamento *online* das pessoas – é considerado um modelo de negócio indispensável para algumas das mais bem sucedidas empresas”, *in* EDPS, «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability», 4.

preditiva e o potencial de controlo do *Big Data* ou actividades de definição de perfis dos utilizadores.”⁷⁸

A ampla variedade de usos potenciados pela tecnologia *Big Analytics* levanta questões cruciais acerca da adequação e suficiência das normas legais, éticas e sociais vigentes para proteger os dados pessoais e a privacidade, entre outros valores.⁷⁹ A capacidade tecnológica e a sofisticação, que tornam possíveis inovações e avanços na nossa qualidade de vida e que também estão na base do *Big Analytics*, não são visíveis ou sequer compreensíveis para o consumidor médio, pelo que reforçam uma assimetria de poder e informação entre os responsáveis pelo tratamento dos dados e os titulares que, intencional ou inadvertidamente, os fornecem.⁸⁰

Assim, o *Big Analytics* constitui uma “ameaça sombra” na medida em que pode fazer sentir os seus efeitos “de forma desconcertante e surpreendente, porque o seu modo de funcionamento é desconhecido da maioria das pessoas” e porque, apesar de nem sempre envolver dados pessoais, “quando envolve, deve cumprir as regras e princípios da protecção de dados pessoais”.⁸¹ Os indivíduos, enquanto titulares de dados pessoais, devem ser capazes de analisar a “caixa negra”⁸² do *Big Analytics* para garantir que qualquer aplicação ou mecanismo de análise específico possa ser implementado com segurança e benefício para todos. Espera-se que, sempre que haja um efeito (directo ou indirecto) no titular dos dados, as empresas divulguem, proactivamente, a lógica subjacente ao *Big Analytics*.

Estes desafios tornam patente a natureza híbrida dos dados pessoais, reconhecida pela respectiva legislação europeia,⁸³ i.e., a sua dimensão económica e a sua ligação

⁷⁸ Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law», 21.

⁷⁹ Executive Office of the President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 5.

⁸⁰ *Ibid.*, 3.

⁸¹ Também acerca do desenvolvimento, no âmbito da AEPD, do conceito de *Big Data Protection*, Buttarelli, «Keynote Speech», 2; Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law», 22.

⁸² Sobre o conceito de caixa negra (*black box*) e a importância da transparência, *vide*, por exemplo, Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015).

⁸³ O estabelecimento de regras relativas à protecção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento e à livre circulação dos dados pessoais é um objectivo comum à revogada Directiva de

intrínseca à dignidade, à autonomia e à personalidade dos indivíduos, enquanto titulares dos mesmos.

Trata-se, indubitavelmente, de uma questão importante que merece cuidada análise uma vez que qualquer regulamentação ao nível do *Big Data* deverá procurar equilibrar interesses distintos e igualmente importantes: a competitividade económica da UE e os direitos e interesses legítimos do titular dos dados pessoais. A importância desta questão é crescente na economia digital e pode exigir uma interacção entre os diferentes regimes jurídicos vigentes na UE.

1.3 A importância jusconcorrencial do *Big Data* e a consideração da protecção de dados pessoais no âmbito do controlo de concentrações

*It's possible that in other cases, data could be an important factor in how a merger affects competition. A company might even buy up a rival just to get hold of its data, even though it hasn't yet managed to turn that data into money. We are therefore exploring whether we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. (...) So the future of big data is not just about technology. It's about things like data protection, consumer rights and competition. Things that give people confidence that big data won't harm them.*⁸⁴

*The ultimate purpose of the antitrust laws is to help ensure that the free market will bring to consumers everything they want from competition. This starts with competitive prices, of course, but consumers also want an optimal level of variety, innovation, quality, and other forms of non-price competition. Including privacy protection.*⁸⁵

As plataformas *online* com modelos de negócio baseados em *Big Data* assumem um papel fulcral na economia digital. As cinco empresas mais lucrativas do mundo são a

Protecção de Dados (Directiva 95/46/CE de 24 de Outubro de 1995) e ao Regulamento Geral de Protecção de Dados (Regulamento UE 679/2016, de 27 de Abril de 2016).

⁸⁴ Margrethe Vestager, «Big Data and Competition», *EDPS-BEUC Conference on Big Data*, 29 de Setembro de 2016, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.

⁸⁵ Robert H. Lande, «The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern», *University of Baltimore Legal Studies Research Paper No. 2008-06*, 2008, 1.

*Alphabet (Google), Amazon, Apple, Facebook e Microsoft.*⁸⁶ Estas empresas cresceram exponencialmente devido à recolha massiva e (em alguns casos) à venda de dados pessoais dos seus utilizadores e, “juntas, recolhem o maior número de dados pessoais do mundo e seu modelo de negócios é desenvolvido para lucrar com isso.”⁸⁷ Perante o sucesso destas plataformas, registam-se relevantes falhas de mercado,⁸⁸ e os indivíduos parecem ter, mesmo com instrumentos como o RGPD, pouco controlo sobre os seus dados pessoais e não parecem beneficiar de uma concorrência efectiva.⁸⁹

A utilização de *Big Data* pode dar origem a vantagens e a importantes proveitos para benefício dos consumidores e da sociedade em geral. A utilização de *Big Data* para finalidades relacionadas com a inovação e a criatividade permite que as empresas melhorem a qualidade dos seus produtos e desenvolvam serviços novos que vão ao encontro das necessidades individuais dos consumidores. Permite, ainda, a optimização da eficiência dos processos de produção, a previsão de tendências de mercado, a melhoria da tomada de decisões e o aperfeiçoamento da segmentação do consumidor, através da publicidade direccionada e recomendações personalizadas. O impacto do *Big Data* é facilmente ilustrado pelo sucesso das empresas disruptivas que recolhem grandes quantidades de dados dos consumidores como um meio para oferecer serviços (p.e., *Google, Uber, etc.*). À medida que estas empresas se tornam mais eficientes e lucrativas,⁹⁰ os consumidores beneficiam de uma variedade de serviços inovadores que

⁸⁶ Ana Rita Santos Silva, «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services» (Tilburg University, 2017), 68.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ “Do ponto de vista da política económica, podemos perguntar se os mercados digitais respondem às preferências de privacidade dos indivíduos ou se existem falhas de mercado que exijam soluções regulatórias. Especialmente os exemplos da *Google* e do *Facebook* (...) fizeram questionar se uma concorrência fraca poderia levar a uma recolha excessiva de dados e a uma provisão insuficiente de opções de privacidade para atender às diferentes preferências privadas dos utilizadores (...) um mercado que funcione bem ofereceria opções de privacidade mais diferenciadas (...) Outra questão é originada pela falta de transparência na recolha e utilização de dados, que não permite que os utilizadores tomem decisões racionais bem informadas em relação ao seu comportamento de privacidade na Internet, resultando em falhas de mercado devidas à assimetria informativa e a vieses comportamentais.” - Wolfgang Kerber, «Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection», Joint Discussion Paper Series in Economics (Marburg, 2016), 7–8.

⁸⁹ Francisco Costa-Cabral e Orla Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», *Common Market Law Review* 54, n. 1 (2017): 4, disponível em http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family_ties_the_intersection_between_Author_2016_LSERO.pdf.

⁹⁰ “*Big data now represents a core economic asset that can create significant competitive advantage for firms (...).*” em OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation», 319.

proporcionam maior conveniência, customização e, por vezes, preços significativamente mais baixos.⁹¹

À medida que a aquisição e utilização de *Big Data* se tornam um parâmetro importante da concorrência, “as empresas adoptam cada vez mais modelos de negócio que dependem de dados pessoais enquanto activos. Os modelos de negócio orientados por dados envolvem, por exemplo, mercados multilaterais; as empresas oferecem serviços gratuitos aos indivíduos com o objectivo de adquirir dados pessoais valiosos para ajudar os anunciantes a dirigir-lhes publicidade comportamental.”⁹²

O relatório conjunto do *Bundeskartellamt* e da *Autorité de la Concurrence* sobre *Big Data* confirma que uma das primeiras estratégias para obtenção de dados é a aquisição ou fusão de empresas.⁹³ A OCDE constatou que nos sectores relacionados com dados, “o número de fusões e aquisições (F&A) aumentou rapidamente de 55 em 2008 para quase 164 em 2012”⁹⁴ A par desta tendência crescente no domínio das concentrações de *Big Data*,⁹⁵ assistimos também ao aumento dos montantes das operações, veja-se os casos da aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook*, que analisaremos *infra*, no montante de 19 mil milhões de dólares, e da, mais recente, aquisição do *LinkedIn* pela *Microsoft*, por 26 mil milhões de dólares.

Enquanto a rivalidade entre empresas e a pressão para manter uma vantagem ao nível dos dados podem ter efeitos pró-concorrenciais, na medida em que produzem inovações que beneficiam os consumidores e a empresa, os efeitos de rede e as economias de escala podem conferir poder de mercado e uma vantagem competitiva

⁹¹ OECD, «Big Data: Bringing competition policy to the digital era», *Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee*, 2016, 8, disponível em <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.

⁹² Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 20.

⁹³ *Bundeskartellamt* e *Concurrence*, «Competition Law and Data», 16.

⁹⁴ OECD, «Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being», 2015, 94, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

⁹⁵ Notando que esta estratégia permite à empresa incumbente reforçar a sua posição no mercado, enquanto elimina empresas concorrentes, Lina M. Khan, em «Amazon’s Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal* 126, n. 3 (2017): 785–86.

duradoura às empresas.⁹⁶ Estas circunstâncias podem criar incentivos para as empresas adoptarem práticas anticoncorrenciais, designadamente operações de concentração de cariz preventivo.⁹⁷

A questão da interacção entre a protecção de dados pessoais e o direito da concorrência surgiu e desenvolveu-se entre académicos e responsáveis pela elaboração de políticas de concorrência após o anúncio da aquisição da *DoubleClick* pela *Google*⁹⁸ em 2007. As preocupações relativas à protecção de dados diziam respeito à concentração de dados pessoais de utilizadores no universo *Google* num cenário pós-aquisição⁹⁹ e já nessa altura se levantaram importantes questões relativas à redução da qualidade por via da degradação da protecção dos dados pessoais.¹⁰⁰ Com a operação *Facebook/WhatsApp*,¹⁰¹ este debate granjeou uma atenção renovada da comunidade epistemológica do direito da concorrência tornando-se um tópico em voga. Estas operações desafiaram as modalidades tradicionais das concentrações,¹⁰² e apresentaram, entre outras questões, dificuldades na determinação do mercado relevante, do grau de concentração do mercado e constituíram um processo de avaliação difícil para as autoridades de concorrência.

⁹⁶ Ocorrências enfatizadas pelo relatório conjunto das autoridades da concorrência alemã e francesa: Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 11–30.

⁹⁷ “(...) Instagram is considered one of the smartest preemptive acquisitions in history. Nineteen billion dollars for WhatsApp is a much bolder bet than Instagram, but it, too, could end up looking a lot smarter than most people think” em Henry Blodget, «Everyone Who Thinks Facebook Is Stupid To Buy WhatsApp For \$19 Billion Should Think Again...», *Business Insider*, 2014, consultado em 18 de Junho de 2018, <http://www.businessinsider.com/why-facebook-buying-WhatsApp-2014-2>.

⁹⁸ Comissão Europeia, Caso Comp/M.4731 - Google/DoubleClick (2008); Federal Trade Commission, File n.º 071-0170 (Google/DoubleClick) (2007).

⁹⁹ Inge Graef, «Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms» (Katholieke Universiteit Leuven, 2016), 280–81.

¹⁰⁰ *A merger (...) may have a large effect on the quality of a product in the area of online behavioral profiling. (...) If the merger is approved, then individuals using the market leader in search may face a search product that has both “deep” and “broad” collection of information. For the many millions of individuals with high privacy preferences, this may be a significant reduction in the quality of the search product -- search previously was conducted without the combined deep and broad tracking, and now the combination will exist. (...) Where mergers (...) create significant effects on customers, including in their use of customer data, then those effects should be considered under antitrust law.* Em Peter P. Swire, «Submitted Testimony to the Federal Trade Commission Behavioral Advertising Town Hall», 2007. (sublinhado nosso)

¹⁰¹ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp (2014).

¹⁰² Tipicamente denominadas de concentrações horizontais, verticais ou conglomerados, em Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência*, 2ª (Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018), 1158–59.

No caso *Google/DoubleClick*, a CE foi peremptória ao afirmar que conduziu a análise da operação ao abrigo exclusivo da legislação europeia da concorrência e dos objectivos propostos pelo RCUE e que a decisão não prejudicava as obrigações das partes relativamente à legislação relativa à privacidade e protecção de dados.¹⁰³ Já na decisão relativa à operação *Facebook/WhatsApp*, na avaliação dos serviços de publicidade *online*, a CE afirmou que a análise relativa à potencial concentração de dados foi apenas considerada na medida em que o *Facebook* tivesse a possibilidade de reforçar a sua posição no mercado da publicidade *online* e que qualquer preocupação relacionada com a privacidade e protecção de dados resultante do conjunto de dados ao serviço do *Facebook* após a operação se encontrava fora do âmbito da legislação europeia da concorrência.¹⁰⁴

Se o risco de concentração de *Big Data* ou os custos impostos aos consumidores em sede de protecção de dados pessoais forem considerados na abordagem jusconcorrencial, as decisões das autoridades de concorrência poderão oferecer uma resposta adequada aos desafios colocados pela economia digital, na medida em que terão em conta outras dimensões importantes da política de concorrência, sob pena de, focando-se apenas nos efeitos da transacção ao nível dos preços, serem aprovadas operações sem quaisquer condições, impondo riscos significativos aos consumidores, nomeadamente no domínio da protecção dos dados pessoais.¹⁰⁵

Com efeito, a concentração de *Big Data* sobre o comportamento de consumidores e a expansão da publicidade direccionada impõem aos titulares de dados pessoais custos significativos ao nível da perda de protecção dos mesmos. O preço efectivamente pago pelos utilizadores dos serviços de *Internet* vai muito além dos intervalos publicitários (veja-se o *Spotify*) ou dos *banners* e *pop-ups* que acompanham o resultado de qualquer pesquisa efectuada num motor de busca, uma vez que os dados pessoais e as pesquisas efectuadas são intensivamente analisados por ferramentas de *software* com vista à

¹⁰³ Europeia, Caso Comp/M.4731 - *Google/DoubleClick*, para.368 (2008).

¹⁰⁴ Europeia, Caso Comp/M.7217 - *Facebook/WhatsApp*, para. 164 (2014).

¹⁰⁵ OECD, «Big Data: Bringing competition policy to the digital era», 17–18.

extracção do máximo de informações, o que resulta num grau preocupante de intromissão.¹⁰⁶

A introdução de uma dimensão de privacidade na política de concorrência não é, contudo, consensual.¹⁰⁷ É nossa convicção, contudo, na esteira de autores como Maurice E. Stucke, Allen P. Grunes, Ariel Ezrachi e Robert H. Lande, que, nas circunstâncias em que as violações ao nível da privacidade, mormente por via do decréscimo na qualidade dos produtos e serviços, ocorrem em resultado de uma conduta restritiva da concorrência, há uma legítima justificação para as autoridades de concorrência adoptarem a protecção de dados pessoais enquanto dimensão da análise jusconcorrencial. Quando as empresas concorrem em mercados digitais orientados por dados e os consumidores são negativamente afectados pelas condições de protecção dos dados pessoais que regem os tratamentos, estes dois ramos do direito intersectam-se e os objectivos comuns que perseguem deverão abrir caminho para uma coordenação de esforços que almeje analisar e responder de forma holística as questões que sejam suscitadas por qualquer operação.

O direito da protecção de dados pessoais e o direito da concorrência influenciam o exercício da actividade económica e procuram a valorização dos interesses dos consumidores, fazendo-o em pólos opostos do mesmo espectro – enquanto o primeiro visa “garantir e proteger a integridade dos processos de decisão relativos ao tratamento de dados pessoais,” o segundo “protege os consumidores contra o exercício ilegal de poder de mercado.”¹⁰⁸ As disposições de direito da concorrência são aplicáveis a empresas,¹⁰⁹ proibindo e considerando incompatíveis com o mercado interno a

¹⁰⁶ Ibid., 18.

¹⁰⁷ Alguns autores acreditam que a política de concorrência deve ter como único objectivo a promoção da concorrência como meio de promover a alocação eficiente de recursos e que os demais interesses devem ser tratados nas respectivas sedes. Vide, a título de exemplo, D. Daniel Sokol e Roisin Comerford, «Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?», *George Mason Law Review* 23 (2016): 1129–61; Greg Sivinski, Alex Okuliar, e Lars Kjolbye, «Is big data a big deal? A competition law approach to big data», *European Competition Journal* 13, n. 2–3 (2017): 199–227; Tânia Luísa Faria, «Direito da concorrência e Big Data: Ponto de situação e perspectivas», *Revista de Concorrência e Regulação*, n. 29 (2017): 107–37.

¹⁰⁸ Costa-Cabral e Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», 5.

¹⁰⁹ Silva, *Direito da Concorrência*, 243–46.

exploração abusiva de uma posição dominante,¹¹⁰ os acordos, decisões e práticas concertadas que tenham como objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência¹¹¹ e as concentrações que entrem significativamente a concorrência efectiva, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.¹¹² Assim, o direito da concorrência é aplicável a toda a actividade económica enquanto o âmbito de aplicação da legislação de protecção de dados se cinge às actividades de tratamento de dados pessoais,¹¹³ independentemente de essa actividade assumir um cariz económico ou não. Ambas as áreas aspiram à integração do mercado interno. A protecção de dados, através da integração positiva, com o RGPD que impõe uma harmonização máxima, minimiza as divergências entre Estados-Membros e introduz uma dimensão de protecção de dados em todas as actividades que impliquem o tratamento de dados pessoais. O direito da concorrência procura, através da integração negativa, a eliminação de discriminações, restrições e obstáculos entre as empresas para assegurar um funcionamento eficaz do mercado. A defesa da concorrência é um elemento central no mercado interno e a compreensão das regras de concorrência “deve fazer-se à luz dos objectivos mais amplos prosseguidos pelos Tratados. (...) tal significa condenar práticas como contrárias às regras de concorrência do TFUE, ainda que as mesmas pudessem ser justificadas com fundamento em argumentos de concorrência.”¹¹⁴ Uma outra consequência da integração económica é a abertura da política de concorrência “a um conjunto de valores provenientes das diferentes dimensões dessa mesma integração.”¹¹⁵ Apesar desta abertura “esses valores alheios às preocupações centrais do direito da concorrência apenas desempenham um papel marginal na aplicação das regras europeias da concorrência (...).”¹¹⁶

¹¹⁰ Artigo 102.º do TFUE

¹¹¹ Artigo 101.º do TFUE

¹¹² Conselho, «Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas», J.O. L 24/1 (2004).

¹¹³ Cf. n.º 1 do artigo 2.º Parlamento Europeu e Conselho, «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)».

¹¹⁴ Silva, *Direito da Concorrência*, 154.

¹¹⁵ *Ibid.*, 156.

¹¹⁶ *Ibid.*, 157.

Também a protecção do bem estar do consumidor é um objectivo comum da protecção de dados e do direito da concorrência.¹¹⁷ Enquanto o *standard* do bem-estar do consumidor adoptado pela CE¹¹⁸ determina que, por exemplo, na apreciação da circunstância de uma concentração ser ou não compatível com o mercado interno, o consumidor individual é a prioridade, o direito da protecção de dados pretende dar aos consumidores o controlo sobre os seus dados pessoais e garantir as liberdades fundamentais e as liberdades dos titulares dos dados pessoais. Distanciando-nos da discussão sobre o tipo de *standard* de bem-estar aplicável na UE,¹¹⁹ importa referir que “O bem-estar de um povo, como a felicidade de um homem, depende de muitas coisas que podem ser fornecidas numa variedade infinita de combinações. Não pode ser adequadamente expresso como um fim único, mas apenas como uma hierarquia de fins, uma escala abrangente de valores em que cada necessidade de cada pessoa tem o seu lugar.”¹²⁰ Portanto, o importante é a identificação da existência de um terreno comum na defesa dos consumidores através da eficiência económica. Podemos ainda afirmar que, *grosso modo*, o direito da concorrência visa a disponibilidade dos consumidores

¹¹⁷ É importante, contudo, notar que “Diversos objectivos diferentes, além da maximização do bem-estar do consumidor no sentido técnico, podem ser atribuídos ao direito da concorrência” - Richard Whish e David Bailey, *Competition Law*, 7.ª ed. (New York: Oxford University Press, 2012), 20. Ariel Ezrachi, «Sponge», *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (2017): 52; “A política de concorrência em qualquer democracia com um pluralismo razoável não pode ser reduzida a um objectivo bem definido. Qualquer política de concorrência que pretenda promover o bem-estar deve equilibrar múltiplos objectivos de ordem política, social, moral e económica.” em Maurice E. Stucke, «Reconsidering Antitrust’s Goals», *Boston College Law Review* 53 (2011): 551.

¹¹⁸ O *standard* do bem-estar do consumidor não é mencionado directamente nas disposições do Tratado da UE relativas ao direito da concorrência, mas consta de várias declarações explícitas que o caracterizam como objectivo final do direito da concorrência. Num discurso da ex-comissária da UE para o direito da concorrência, Neelie Kroes, menciona-se que “O bem-estar do consumidor está agora bem estabelecido enquanto norma que a Comissão aplica quando avalia as concentrações e as violações das regras do Tratado sobre cartéis e monopólios. O nosso objectivo é simples: proteger a concorrência nos mercados como forma de melhorar o bem-estar dos consumidores e garantir uma afectação eficiente de recursos.” Neelie Kroes, «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices (Speech at European Consumer and Competition Day)» (London, 2005), http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm. Em 2010, Joaquín Almunia, ex-comissário da UE para o direito da concorrência, também sublinha que “Todos aqui hoje sabemos muito bem qual é o nosso objectivo final: a política de concorrência é uma ferramenta ao serviço dos consumidores. O bem-estar do consumidor está no centro de nossa política e sua conquista impulsiona as nossas prioridades e orienta as nossas decisões.” Joaquín Almunia, «Competition and consumers: the future of EU competition policy (Speech at European Competition Day)» (Madrid, 2010).

¹¹⁹ Designadamente bem-estar total – enquanto excedente dos produtores e consumidores – ou bem estar do consumidor – enquanto excedente apenas do consumidor – desenvolvida por Roger D. Blair e D. Daniel Sokol, em «Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement», *Fordham Law Review* 81 (2013).

¹²⁰ Friedrich August von Hayek, *The Road to Serfdom: Text and Documents - The Definitive Edition* (The University of Chicago Press, 2007), 101.

terem realmente uma escolha, ao passo que as leis de defesa do consumidor fornecem as informações relevantes para os consumidores exercerem efectivamente a escolha.¹²¹

Assim, é discutível que a eficiência económica seja o único objectivo do direito da concorrência. Há outros interesses, tais como o bem-estar do consumidor, a promoção das PME¹²² e a privacidade, que podem ser ponderados a par da eficiência económica. É que independentemente do que a política actual procura alcançar exactamente, “a lei de concorrência é uma construção social e deriva dos fundamentos e valores domésticos de cada jurisdição.”¹²³ Os conceitos jurídico-económicos têm uma “extrema elasticidade”¹²⁴ e devem ser aplicados aos casos concretos considerando a realidade que lhes é subjacente e “as convicções económicas e sociais em permanente mutação.”¹²⁵ Aliás, as características porosas do direito da concorrência “tornam-no inerentemente predisposto a uma ampla gama de valores e considerações. O seu verdadeiro escopo e natureza não são puros nem adquiridos de uma realidade objectiva consistente, mas sim uma expressão complexa, e às vezes inconsistente, de muitos valores.”¹²⁶ A legislação da concorrência nunca foi, nem será, isenta de valores normativos políticos, sociais e económicos.¹²⁷ Consequentemente, a política de concorrência não existe num vácuo uma vez que é a expressão dos valores e objectivos actuais da sociedade e é tão susceptível à mudança quanto o pensamento político.¹²⁸ As autoridades de concorrência têm reconhecido a importância da qualidade enquanto característica concorrencial, especialmente quando o produto/serviço é gratuito.¹²⁹ Na análise da operação de concentração *Facebook/WhatsApp*, a CE reconheceu, enquanto parâmetros importantes da concorrência não baseada no preço, a “privacidade e segurança, cuja importância varia de utilizador para utilizador, mas que são cada vez

¹²¹ Robert H. Lande e Neil W. Averitt, «Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law», *Antitrust Law Journal* 74 (2007): 176.

¹²² Vide, por exemplo, Silva, *Direito da Concorrência*, 157.

¹²³ Ezrachi, «Sponge», 51.

¹²⁴ Silva, *Direito da Concorrência*, 33.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ezrachi, «Sponge», 50.

¹²⁷ Oskar Törngren, «Mergers in Big Data-driven Markets - Is the Dimension of Privacy and Protection of Personal Data Something to Consider in the Merger Review?» (Stockholm University, 2017), 58.

¹²⁸ Whish e Bailey, *Competition Law*, 20.

¹²⁹ Por exemplo, Comissão Europeia, Caso Comp/M.6281 - Microsoft/Skype, para. 81 (2011); Comissão Europeia, Caso Comp/M.5727 - Microsoft/Yahoo! Search Business, para. 18 (2010).

mais valorizadas, como demonstra a introdução de aplicações de comunicações que atendem especificamente a questões de privacidade e segurança (...).¹³⁰ No entanto, apesar do reconhecimento pela CE de que a privacidade é um parâmetro da concorrência não baseada no preço, a sua influência efectiva sobre a decisão foi absolutamente irrelevante. A privacidade confere uma dimensão de qualidade que merece ser avaliada, por exemplo, como forma de diferenciação horizontal, uma vez que alguns utilizadores podem preferir um grau mais elevado de protecção dos seus dados enquanto outros podem preferir revelar mais dados para beneficiarem de conteúdos mais personalizados e publicidade direccionada. A consideração da privacidade enquanto parâmetro relevante da concorrência não baseada no preço apresenta vantagens significativas em sede de controlo de concentrações. Ao avaliar se uma potencial operação pode reduzir significativamente o bem-estar dos consumidores¹³¹ com preferências mais exigentes ao nível da privacidade, as autoridades de concorrência poderão mesmo obstar à aquisição das poucas empresas que existem no mercado a prestar este tipo de serviços focados na protecção da privacidade.¹³²

Uma outra questão importante tem que ver com a circunstância de muitas empresas da economia digital não apresentarem um volume de negócios elevado, ou que reflecta a “sua posição no mercado,”¹³³ de forma a serem abrangidas pelos limiares da dimensão comunitária (actualmente, e doravante, dimensão europeia) definidos pelo RCUE, de natureza quantitativa e referentes exclusivamente ao volume de negócios das empresas objecto da concentração, podendo escapar, assim, ao controlo por parte da CE. Foi precisamente este o caso da operação *Facebook/WhatsApp* em que o volume de negócios do *WhatsApp* não foi suficiente para desencadear o mecanismo da notificação

¹³⁰ Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 87 (2014).

¹³¹ Maurice E. Stucke, «Should Competition Law Promote Happiness?», *Fordham Law Review* 81 (2013): 2586–2601.

¹³² Tais como o *WhatsApp*, já adquirido pelo *Facebook*, e o *Duckduckgo*, um motor de pesquisa que, ao contrário do *Google*, não recolhe ou partilha quaisquer informações pessoais, tais como o endereço IP, termos e histórico de pesquisa, eliminando a “pegada digital” do utilizador à saída.

¹³³ Faria, «Direito da concorrência e Big Data: Ponto de situação e perspectivas», 122.

à CE,¹³⁴ apesar do valor da mesma ter ascendido aos 19 mil milhões de dólares.¹³⁵ A actual Comissária Europeia para a Concorrência, Margrethe Vestager, reconheceu, num discurso proferido em Bruxelas, que “nem sempre é o volume de negócios que torna uma empresa um atractivo parceiro para uma fusão. Às vezes, o que importa são os seus activos. Podem ser uma base de clientes ou uma base de dados (...). Ou uma empresa pode ser valiosa simplesmente devido à sua capacidade de inovar. Uma operação de concentração que envolva este tipo de empresa pode afectar claramente a concorrência, apesar de o volume de negócios da empresa não ser elevado o suficiente para atingir os nossos limiares. Então, se olharmos apenas para o volume de negócios, podemos estar a perder operações importantes que devíamos apreciar”¹³⁶ e a CE realizou uma consulta pública sobre a reforma do regime de controlo das concentrações da UE, orientado especificamente para a eficácia dos limiares baseados no volume de negócios nas indústrias digitais.¹³⁷

Entretanto, o *Bundeskartellamt* e o *Bundeswettbewerbsbehörde* (autoridades de concorrência alemã e austríaca, respectivamente) introduziram nas respectivas legislações um limiar adicional com base no valor de operação,¹³⁸ com o objectivo de eliminar a lacuna existente no domínio do controlo de concentrações. Este critério, que já existe desde 1976, embora com diferentes contornos, na legislação americana (o chamado *size-of-transaction-test*), parece oferecer uma resposta a este problema.¹³⁹

¹³⁴ Silva, *Direito da Concorrência*, 1187.

¹³⁵ A operação acabou por ser apreciada pela CE em virtude da utilização do mecanismo *one stop shop*, previsto no n.º 5 do artigo 4.º do Regulamento das Concentrações da União Europeia.

¹³⁶ Margrethe Vestager, «Refining the EU Merger Control System», *Studienvereinigung Kartellrecht*, 10 de Março de 2016, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.

¹³⁷ Commission European, «Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control», 2016, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

¹³⁸ Tendo já emitido orientações conjuntas, submetidas recentemente a consulta pública, para fornecer às empresas e juristas assistência sobre como interpretar as novas disposições legais, *Bundeskartellamt* e *Bundeswettbewerbsbehörde*, «Joint guidance on new transaction value threshold in German and Austrian merger control submitted for public consultation», 2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/14_05_2018_TA_W.html.

¹³⁹ Com sugestões alternativas mas, em nosso entender, menos práticas: “Given the importance of scale economies and network effects, a better metric would be the number of users together with an estimation of the size of the network effects” em Nicolai Van Gorp e Olga Batura, «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy» (Brussels, 2015), 60, disponível em

Em suma, o risco de concentração excessiva de dados e os custos impostos aos consumidores em sede de protecção de dados pessoais não devem ser negligenciados na apreciação jusconcorrencial. Como veremos adiante, a economia dos dados favorece a concentração e a criação ou reforço de posições dominantes no mercado. As plataformas *online* com modelos de negócio orientados por dados levam, muitas vezes, a resultados *winner takes it all*, em que a concentração é uma consequência provável do sucesso do mercado e existem uma série de factores específicos que desafiam a abordagem tradicional das autoridades de concorrência¹⁴⁰ e que merecem discussão e análise com vista a encontrar soluções adequadas que respondam cabalmente a estes desafios.

Por fim, importa apenas referir que, além do impacto no controlo de concentrações, o *Big Data* também apresenta outras preocupações jusconcorrenciais¹⁴¹ em sede de práticas restritivas da concorrência, nomeadamente ao nível das práticas colusivas¹⁴² e do abuso de posição dominante,¹⁴³ que ficarão excluídas da nossa análise, atento o escopo do presente trabalho.

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf.

¹⁴⁰ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 7.

¹⁴¹ *Vide*, por exemplo, o estudo apresentado pelo Parlamento Europeu, em Van Gorp e Batura, «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy», 29 e ss.

¹⁴² Para uma análise mais aprofundada sobre os cenários de colusão possíveis, bem como outras práticas restritivas da concorrência, como a discriminação de preços perfeita e a dinâmica dos *frenemies* (superplataformas e aplicações - *apps*) *inter alia*, *vide* Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 39–81; Apenas relativamente aos cenários de colusão, *vide* Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke, «Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition», *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 18/2015 (sem data) e OECD, «Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age», 2017, <http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>.

¹⁴³ Veja-se, a título de exemplo, a investigação em curso por parte da autoridade alemã da concorrência relativamente ao *Facebook* por alegado abuso de posição dominante no mercado alemão de redes sociais, em que esta este é acusado de condicionar a utilização da sua rede social à permissão para acumular de forma ilimitada todo o tipo de informações criada na utilização de outros *websites* e juntá-lo aos perfis dos seus utilizadores. Ainda, a condenação da *Google*, por abuso de posição dominante no mercado na vertente de motor de busca, promovendo o seu próprio serviço de comparação de preços nos seus resultados de pesquisa e despromovendo os dos concorrentes *in* Comissão Europeia, Caso AT.39740 - *Google Search (Shopping)* (2017), e, mais recentemente, também a condenação (no valor de 4.34 mil milhões de euros) da *Google* por abuso de posição dominante no sistema operativo Android, por negar a outros concorrentes a oportunidade de concorrer com base no mérito dos seus produtos, tendo prejudicado a inovação no mercado e abusado da confiança dos consumidores, e, ainda, as investigações

2. Os Mercados Multilaterais

“There’s no such thing as a free lunch.”¹⁴⁴

2.1 Definição e características

Embora os mercados multilaterais (também denominados de plataformas multilaterais) não sejam uma novidade, foi apenas a partir de 2001 e graças à circulação de um artigo de Jean Tirole e Jean-Charles Rochet¹⁴⁵ que a comunidade dos economistas os autonomizou e entendeu enquanto um tipo distinto de modelo de negócio. De um modo geral, na literatura económica o conceito de multilateralidade foi desenvolvido e descrito como uma forma de estrutura de mercado. Existem várias definições para os mercados multilaterais,¹⁴⁶ entre as quais destacamos a de Tirole e Rochet: “um mercado tem dois lados se a plataforma puder afectar o volume de transacções cobrando mais de um lado do mercado e reduzindo o preço pago pelo outro lado num montante igual; por outras palavras, a estrutura de preços é importante, e as plataformas devem projectá-la de modo a trazer os dois lados a bordo.”¹⁴⁷

Essencialmente, importa reter que este modelo de negócios é classificado como *multi* porque fornece uma forma de dois ou mais tipos de participantes se ligarem entre si, é comumente denominado de *plataforma* porque opera num local físico ou virtual que permite a interacção dos diferentes tipos de agentes e cada *lado* da plataforma consiste num grupo de participantes que optam pela utilização da plataforma.¹⁴⁸ As plataformas multilaterais facilitam tipicamente o encontro, a interacção e a troca de valor entre os

em curso relativas ao *AdSense*, em que a Comissão receia que a *Google* tenha reduzido a escolha ao impedir que sítios *web* de terceiros tivessem acesso a anúncios publicitários dos seus concorrentes.

¹⁴⁴ Expressão popular, também designada pelo acrónimo TINSTAAFL, popularizada por Milton Friedman no seu livro *There’s No Such Thing as a Free Lunch* (Open Court Publishing Company, 1975).

¹⁴⁵ Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of the European Economic Association* 1, n. 4 (2003): 990–1029.

¹⁴⁶ *Vide*, por exemplo, *Ibid.*, 1017–18; Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, «Two-Sided Markets: A Progress Report», *The RAND Journal of Economics* 37, n. 3 (2006): 664–65; David S. Evans, «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», *Yale Journal on Regulation* 20, n. 2 (2003): 331–33.

¹⁴⁷ Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, «Two-Sided Markets : An Overview», *The Economics of Two-Sided Markets*, 2004, 40.

¹⁴⁸ David S. Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper*, n. 753 (2016): 6.

agentes, eliminando custos de transacção.¹⁴⁹ Estas plataformas “criam valor por aumentarem as probabilidades de os participantes encontrarem contrapartes que gerem valor por valor.”¹⁵⁰ As empresas tradicionais geralmente compram *inputs*, fabricam produtos e vendem-nos aos seus clientes. Operam ao longo de uma cadeia de abastecimento linear e, como não têm clientes com procuras interdependentes, são unilaterais. Já as plataformas multilaterais vendem aos participantes de um dos lados o acesso aos participantes dos outros lados e, por conseguinte, os utilizadores são os principais *inputs* no fornecimento do serviço da plataforma.¹⁵¹

Uma característica geralmente utilizada para descrever a multilateralidade é, como vimos na descrição *supra*, a necessidade de a empresa “colocar ambos os lados a bordo”:¹⁵² o chamado *chicken-and-egg-problem*.¹⁵³ A título de exemplo, imagine que uma plataforma pretende ligar dois grupos de participantes designados por A a B. Os participantes A podem não considerar a plataforma a menos que saibam que esta atraiu também os participantes 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.¹⁵⁴

O *chicken-and-egg-problem* pode ser resolvido pela definição de uma estrutura de preços. Ao determinar o preço de determinado lado da plataforma, a empresa considera até que ponto a presença desse lado atrai os participantes do outro lado. Se as elasticidades da procura e as dependências cruzadas entre a procura de cada grupo se alinharem correctamente, é possível que o preço de maximização de lucro para um dos

¹⁴⁹ David Evans e Richard Schmalensee, «Ignoring Two-Sided Business Reality can Hurt Plaintiffs», *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018): 48.

¹⁵⁰ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 6.

¹⁵¹ *Ibid.*, 8.

¹⁵² Evans, «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», 325; Rochet e Tirole, «Two-Sided Markets: A Progress Report», 990.

¹⁵³ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 7.

¹⁵⁴ *Vide* um exemplo prático com o modelo de negócio dos centros comerciais (plataformas que unem os clientes às lojas) em Graef, «Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms», 31.

produtos seja zero.¹⁵⁵ Nas plataformas *online* baseadas na publicidade, por exemplo, os anunciantes geralmente beneficiam mais da presença de utilizadores do que estes valorizam a publicidade, pelo que, para atrair utilizadores à sua plataforma, a empresa pode decidir que o seu acesso é gratuito ou mesmo pagar-lhes para aderir.¹⁵⁶ Inicia-se assim uma subsídio cruzada em que a perda de receita do lado dos utilizadores é compensada pela cobrança acima dos custos marginais do lado dos anunciantes.¹⁵⁷ É que, ao contrário dos preços nos mercados unilaterais, o preço óptimo de um lado específico de uma plataforma multilateral não acompanha o respectivo custo marginal.¹⁵⁸ De acordo com a regra de preços de Ramsey,¹⁵⁹ a melhor estratégia é cobrar um preço mais elevado ao lado de participantes que tem uma procura mais inelástica e que é, portanto, menos sensível ao preço do que o outro lado da plataforma. Assim, uma vez que os utilizadores de uma plataforma *online* são mais sensíveis ao preço e a sua participação atrai um número elevado de anunciantes do outro lado, que são relativamente inelásticos em relação ao preço, o lado dos utilizadores será subsidiado.¹⁶⁰

Presentes nestas plataformas estão, na terminologia económica, efeitos de rede indirectos positivos e efeitos de *feedback* positivo, o que significa que uma plataforma que obtém mais participantes A torna-se mais atractiva para participantes B, o que, por sua vez, a torna mais atractiva para participantes A e assim sucessivamente. Os efeitos de *feedback* positivos impulsionam o crescimento da plataforma e os efeitos de rede

¹⁵⁵ David S. Evans, «The Antitrust Economics of Free», *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555 (2011): 8.

¹⁵⁶ Veja-se o caso de plataformas de redes sociais que têm optado por distribuir parte da receita da publicidade aos utilizadores, pagando-lhes para que estes produzam conteúdos, em Leslie Walker, «Social Networks That Pay Users for Content», *Lifewire*, 2018, consultado em 20 de Junho de 2018, <https://www.lifewire.com/social-networks-that-pay-users-for-content-2653987>. Ou, ainda, o caso em que são oferecidos descontos e recompensas aos utilizadores quando estes usam o cartão de crédito para efectuar pagamentos em determinadas lojas, em Marc Rysman, «The Economics of Two-Sided Markets», *Journal of Economic Perspectives* 23, n. 3 (2009): 129.

¹⁵⁷ Bernard Caillaud e Bruno Jullien, «Chicken & egg: competition among intermediation service providers», *RAND Journal of Economics* 34, n. 2 (2003): 310. Os autores referem-se à natureza *divide-and-conquer* das estratégias de preços, que consiste em subsidiar a participação de um lado (dividir) e recuperar a perda no outro lado (conquistar).

¹⁵⁸ Evans, «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», 328.

¹⁵⁹ Adaptada às plataformas multilaterais por Rochet e Tirole, em «Platform Competition in Two-Sided Markets», 991.

¹⁶⁰ Rysman, «The Economics of Two-Sided Markets», 130.

indirectos positivos dão às plataformas de maior dimensão vantagens económicas.¹⁶¹ Assim, estes modelos de negócio são frequentemente caracterizados por efeitos de rede potenciados pelos dados que permitem melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Por um lado, o *feedback loop* ao nível dos utilizadores permite que uma empresa com uma vasta base de utilizadores seja capaz de recolher mais dados para aperfeiçoar os seus serviços e, assim, atrair mais utilizadores. Por outro, com o *feedback loop* da monetização, as empresas têm capacidade para explorar mais dados de utilizadores para refinar a segmentação de anúncios e, assim, obter receita para investir na qualidade dos serviços e, mais uma vez, atrair mais utilizadores. Assim, como veremos em maior detalhe adiante, a concorrência entre a empresa que já se encontra no mercado a beneficiar destes efeitos de rede e uma potencial empresa que pretenda entrar no mercado torna-se difícil.¹⁶²

2.2 Plataformas *online*

Os dados pessoais dos clientes, como vimos, são activos valiosos para qualquer actividade económica, mas apresentam ainda mais valor para empresas *online*, cujo modelo de negócio assenta na sua massiva aquisição e monetização.¹⁶³ Muitas empresas *online* adoptaram modelos de negócio multilaterais que dependem de dados pessoais enquanto um *input* chave. Nas plataformas multilaterais as empresas oferecem gratuitamente aos utilizadores tecnologia, serviços e produtos com o objectivo de adquirir mais dados que são valiosos para auxiliar a actividade dos anunciantes para atingir um público-alvo.¹⁶⁴ Isto é, “a maioria das empresas cobra um preço de zero porque isso lhes permite fazer mais dinheiro do que se cobrasse um preço positivo. Cobrar nada por um produto ou serviço permite-lhes que ganhem dinheiro, de outra forma, noutro lugar.”¹⁶⁵ Enquanto plataforma multilateral, “o *Facebook* recolhe informações e disponibiliza conteúdos produzidos pelos seus utilizadores” e, por outro

¹⁶¹ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 7.

¹⁶² OECD, «Big Data: Bringing competition policy to the digital era», 10.

¹⁶³ Inge Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», *World Competition: Law and Economics Review* 38, n. 4 (2015): 475, <https://ssrn.com/abstract=2657732>.

¹⁶⁴ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, «No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data», *The Antitrust Source* April (2015): 3.

¹⁶⁵ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 4.

lado, “faculta alguma desta informação aos anunciantes que, através de segmentação, atingem os utilizadores com campanhas publicitárias”, sendo que “os anunciantes podem especificar os tipos de utilizadores que desejam alcançar com base nas informações que estes escolhem partilhar.”¹⁶⁶ A receita de empresas como o *Facebook* advém quase exclusivamente da publicidade.¹⁶⁷ Nos mercados com efeitos de rede potenciados pelos dados, como as redes sociais, a plataforma não só gera receita potencial quando, por exemplo, o utilizador clica nos anúncios patrocinados, como os dados desse utilizador ajudam a melhorar a qualidade do produto, o que aumenta a sua atractividade para futuros utilizadores e anunciantes. Como resultado desses efeitos de rede potenciados pelos dados, os utilizadores podem tornar-se dependentes da plataforma dominante, embora prefiram um modelo de plataforma diferente.¹⁶⁸ Por exemplo, enquanto os utilizadores *online* podem preferir as opções de privacidade de plataformas como a *DuckDuckGo*, o *Google Search* oferece melhores, porque mais direccionados, resultados de pesquisa.¹⁶⁹

Veremos, no capítulo reservado à análise da decisão da CE relativa à concentração *Facebook/WhatsApp*, os efeitos de rede potenciados pelos dados e a forma como o acesso exclusivo e a recolha de dados em larga escala são propensos a economias de escala, originando vantagens competitivas que não podem ser ignoradas uma vez que criam barreiras à entrada e protegem a posição das empresas incumbentes.

2.3 Gratuidade e Direito da Concorrência

Unlike the position that exists in the physical sciences, in economics and other disciplines that deal with essentially complex phenomena, the aspects of the events to be accounted

¹⁶⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 38.

¹⁶⁷ “(...) através do fornecimento de serviços gratuitos, essas empresas competem pela atenção e lealdade de indivíduos cuja utilização desses serviços gerará dados pessoais de alto valor comercial.” EDPS, «Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy», *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, 2014, 10, disponível para consulta em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

¹⁶⁸ OECD, «Big Data: Bringing competition policy to the digital era», 11.

¹⁶⁹ Veja-se a declaração do *Chief Scientist* da *Google*, Peter Norvig, quando questionado acerca da receita para o sucesso da empresa: *We don't have better algorithms than anyone else; we just have more data*, em Scott Cleland, «Google's “Infringenovation” Secrets», *Forbes*, 2011, consultado em 20 de Junho de 2018, <https://www.forbes.com/sites/scottcleland/2011/10/03/googles-infringenovation-secrets/#3d79513430a6>.

*for about which we can get quantitative data are necessarily limited and may not include the important ones. While in the physical sciences it is generally assumed, probably with good reason, that any important factor which determines the observed events will itself be directly observable and measurable, in the study of such complex phenomena as the market, which depend on the actions of many individuals, all the circumstances which will determine the outcome of a process (...), will hardly ever be fully known or measurable. And while in the physical sciences the investigator will be able to measure what, on the basis of a prima facie theory, he thinks important, in the social sciences often that is treated as important which happens to be accessible to measurement. This is sometimes carried to the point where it is demanded that our theories must be formulated in such terms that they refer only to measurable magnitudes.*¹⁷⁰

As motivações que subjazem à tese dos autores que defendem a inaplicabilidade do direito da concorrência às situações em que os serviços/produtos são gratuitos¹⁷¹ têm na sua base o preço. Mas o preço é apenas uma dimensão da concorrência. Muitos operadores de negócios multilaterais concorrem, no lado gratuito do mercado, em muitos parâmetros não relacionados com o preço, tais como a qualidade do serviço e, cada vez mais, na quantidade de dados recolhidos relativamente aos utilizadores.¹⁷² Portanto, parece claro que a qualidade e a quantidade dos recursos ao nível dos dados determinam cada vez mais a força concorrencial das empresas que operam nestes mercados.¹⁷³

Embora reconheçamos que seja conveniente para os economistas centrarem-se na análise dos preços nos modelos económicos de comportamento empresarial, “é geralmente entendido que os preços nesses modelos incluem todas as dimensões da concorrência não relacionadas com o preço, incluindo as diferenças ao nível da qualidade. Embora uma concentração não afecte a oferta de um produto gratuito, ela pode afectar dimensões não relacionadas com o preço, tais como os atributos do produto, do serviço e a inovação (...) Por exemplo, numa concentração entre

¹⁷⁰ Discurso de Friedrich August von Hayek aquando da recepção do prémio Nobel da Economia, «Prize Lecture - The Pretence of Knowledge», *Nobelprize.org*, 11 de Dezembro de 1974, disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-lecture.html.

¹⁷¹ Vide, por exemplo, na doutrina nacional, Miguel Sousa Ferro, «“Ceci n’est pas un marché”: Gratuité and competition law», *Concurrences* 1 (2015); Miguel Sousa Ferro, «De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services», *The Competition Law Review* 12, n. 2 (2017): 153–70.

¹⁷² Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 27.

¹⁷³ Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 473.

plataformas digitais com suporte na publicidade pode mudar os incentivos relativamente ao grau de protecção da privacidade conferida aos utilizadores.”¹⁷⁴

O facto de o serviço ser gratuito não é, contudo, completamente irrelevante do ponto de vista concorrencial. Um preço zero faz erguer uma *red flag* que sinaliza que o modelo e a análise *standard* da concorrência não se aplicarão *tout court*, uma vez que provavelmente a análise concorrencial terá de considerar os outros serviços prestados pela empresa que, de facto, subsidiam a oferta de serviços gratuitos.¹⁷⁵ A gratuidade também implica algum cuidado na aplicação das ferramentas de análise económica. A análise concorrencial convencional é assente na premissa de que os preços tendem a igualar os custos marginais de produção em mercados concorrenciais e que os desvios aos preços de custo marginais indicam poder de mercado. Ora, “quando uma empresa vende um produto que é geralmente gratuito, pode não estar a actuar no tipo de mercados descritos em modelos elementares. Provavelmente perde dinheiro nesse produto (assumindo, como é normalmente o caso, que custa alguma coisa produzir o produto) e, se assim for, deverá estar a vender um produto gémeo a um preço superior ao custo marginal – porque só ao fazer lucro num outro bem pode sustentar a perda decorrente da oferta de um bem gratuito.”¹⁷⁶

Ademais, e em bom rigor, os dados pessoais são a moeda que o utilizador paga para aceder aos serviços gratuitos, pelo que sempre haverá lugar ao pagamento de um preço, mesmo que este não seja de fácil apreensão e medição em termos económicos. O utilizador aceita o “preço” do que é “gratuito” – não se surpreende por receber publicidade direccionada e acaba por esperar os benefícios que fluem da monitorização e recolha de dados constante (por exemplo, ao receber melhores resultados de pesquisa quando recorre a motores de busca como o *Google Search*). Ao mesmo tempo, este preço pode ser elevado demais. Com a digitalização da informação, a dependência da tecnologia inteligente e o crescimento dos mercados *online*, os dados pessoais são

¹⁷⁴ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 13.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 17.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 18.

valiosos *inputs* que se traduzem em publicidade direccionada, vendas e dinheiro.¹⁷⁷ Não é, por isso, surpreendente que as empresas invistam cada vez mais recursos na recolha e análise de dados pessoais e que as denominadas *tech giants* encarem a protecção da privacidade e dos dados pessoais como uma ameaça ao seu negócio.¹⁷⁸

2.4 Definição de mercado relevante

O fito da definição de mercado relevante e da análise do poder de mercado consiste em entender as restrições concorrenciais que podem limitar a capacidade de uma empresa adoptar comportamentos que prejudiquem os consumidores. Como vimos, nas plataformas multilaterais “o facto de um serviço ser gratuito geralmente indica que há um produto complementar e que a economia desses produtos está inextricavelmente ligada. Uma empresa que tenha como objectivo a maximização do lucro não presta serviços gratuitos, a menos que a ajude a fazer dinheiro noutro lado.”¹⁷⁹ Estas características levantam problemas ao nível da definição do mercado relevante.¹⁸⁰

Nos mercados multilaterais a concorrência ocorre no lado gratuito do mercado, ao nível dos parâmetros não baseados no preço (tais como a qualidade, que abrange a protecção de dados), no lado pago do mercado, ao nível do preço (como é o caso da publicidade) e, ainda, entre as empresas que recolhem dados enquanto um *input* valioso em diferentes mercados.¹⁸¹ Uma análise jusconcorrencial completa implica, portanto, uma apreciação holística de todas estas dimensões.

¹⁷⁷ O Facebook utiliza o número de utilizadores diários como uma das métricas ao nível da receita e reconhece que as afecta directamente porque influencia o número de anúncios que pode exibir. *Vide* a evolução no valor de cada um dos utilizadores nos últimos anos em Statista, «Facebook’s average revenue per user as of 4th quarter 2017, by region (in U.S. dollars)», 2017.

¹⁷⁸ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 28–29; *Vide* também, a título de curiosidade, a insurreição, por parte de um proeminente professor de ciências da computação na Universidade de Washington, contra a aplicação do RGPD em Pedro Domingos, «How Not to Regulate the Data Economy», *Medium*, 2018, consultado em 22 de Junho de 2018, <https://medium.com/@pedromdd/how-not-to-regulate-the-data-economy-b4b4bdb0f78a>.

¹⁷⁹ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 18.

¹⁸⁰ Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 27.

¹⁸¹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 116.

Os economistas tipicamente assumem que a procura de um produto depende do preço desse produto, do preço dos produtos substitutos e do preço dos produtos complementares. A maioria das teorias económicas utilizadas na análise concorrencial, como aquelas que envolvem preços predatórios, e ferramentas económicas, como o teste SSNIP, baseiam-se nesse modelo de procura do produto.¹⁸² Estes factores são relevantes para considerar a procura de produtos e serviços fornecidos por plataformas multilaterais, mas não incluem o factor mais crítico que alicia a procura destas plataformas: é que a procura dos participantes de um dos lados depende largamente da existência de outro grupo de participantes. “Para que não se revelem matematicamente errados e inviáveis, os modelos e ferramentas económicas devem considerar a procura interdependente e todos os lados da plataforma. O facto de a procura dos vários lados da plataforma ser interdependente também significa que qualquer análise que se foque apenas num grupo de participantes isoladamente não é correcta como um cálculo matemático simples.”¹⁸³ A apreciação concorrencial cabal e desejável deverá analisar a plataforma como um todo, tendo em consideração estas interdependências, o que requer o tratamento global da plataforma (em vez de autonomizar um grupo de participantes) ou, pelo menos, a ponderação cuidada das interdependências entre os grupos.¹⁸⁴ No contexto dos mercados digitais esta abordagem implicaria “analisar o mercado relevante em relação ao financiamento do prestador do serviço (...) e significaria a importância da publicidade como a base de muitos intermediários *online*. Por outras palavras, o mercado relevante consistiria num mercado de dados pessoais monetizado através de publicidade *online*.”¹⁸⁵ Em vez de “analisar se os utilizadores finais consideram os serviços como substitutos uns dos outros, a avaliação das restrições concorrenciais pode começar por analisar a forma como as plataformas digitais geram receita e lucro e concentrar-se no que/quem pode “roubar” essa receita/lucro”.¹⁸⁶

¹⁸² Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 23.

¹⁸³ *Ibid.*, 24.

¹⁸⁴ Sebastian Wismer e Arno Rasek, «Market definition in multi-sided market: Hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets», 2017, 4, disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)33/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En).

¹⁸⁵ Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law», 35–36.

¹⁸⁶ Van Gorp e Batura, «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy», 56.

Quer o modelo tradicional de definição de mercado (através do teste SSNIP - *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*) quer a apreciação de poder de mercado (aumento de preços de forma lucrativa) não fazem sentido económico ou comercial no caso do lado gratuito de uma plataforma multilateral. Como ensina David Evans: “Os preços zero resultam em enigmas e confusão na análise concorrencial. O teste SSNIP torna-se inoperável quando o preço é zero. Não há maneira de analisar um aumento de 5% no preço zero - 5% do zero continua a ser zero.”¹⁸⁷ “Não se pode conduzir um aumento percentual hipotético no preço porque 5% do nada é nada, e porque a natureza do produto pode ser tal que o monopolista hipotético poderia continuar a entender que o preço zero gerava a maximização do lucro.”¹⁸⁸ Quanto ao poder de mercado, “poderia envolver (...) mais provavelmente um decréscimo na qualidade (...).”¹⁸⁹ Esta circunstância realça a importância da qualidade. Como vimos, as plataformas *online* não concorrem com base no preço, portanto, para avaliar o poder de mercado, poderá ser necessário ponderar até que ponto uma menor oferta de qualidade poderia desviar a atenção para outras plataformas *online* (através de um teste SSNDQ - *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality*).¹⁹⁰ Na prática, “a análise do poder de mercado para mercados *online* pode considerar possibilidades de substituição considerando-se um aumento pequeno, mas significativo, do preço ou uma redução pequena, mas significativa, da qualidade”¹⁹¹ a par, naturalmente, com factores como as barreiras à entrada, custos de transição e efeitos de rede.

¹⁸⁷ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 14.

¹⁸⁸ *Ibid.*, 22.

¹⁸⁹ “Se esse decréscimo na qualidade é lucrativo ou não depende da medida em que diminuiria a atractividade da plataforma para os anunciantes. Uma plataforma poderia considerar reduzir os seus gastos em melhorias de qualidade em 1 milhão de dólares. Se isso é lucrativo depende se a qualidade inferior reduziria a quantidade de publicidade em menos de US \$ 1 milhão” em Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 25.

¹⁹⁰ A aplicação de ferramentas quantitativas para definição de mercado que se concentram principalmente nos efeitos da qualidade não é pacífica. “O teste SSNDQ é apontado como um meio pelo qual um foco quantitativo na qualidade pode ser realizado em relação à definição do mercado. O teste mede o impacto de uma “pequena, mas significativa, diminuição não transitória da qualidade” de forma equivalente à avaliação do teste SSNIP de aumentos de preços. O teste SSNDQ enfrenta críticas de que, no caso concreto, é impraticável, atentas as dificuldades inerentes de medir a qualidade juntamente com as complicações existentes da aplicação do próprio teste SSNIP em situações reais de mercado” em OECD, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 2013, 29, <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.

¹⁹¹ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 26.

Em suma, os bens e serviços gratuitos são cada vez mais comuns, em resultado do contínuo desenvolvimento de modelos de negócio multilaterais, designadamente as plataformas *online* e não vemos razão para que, estando em causa uma actividade económica (e lucrativa) levada a cabo por uma empresa, os prestadores destes serviços sejam beneficiados com uma isenção ao nível da aplicação do direito da concorrência. Na ausência de preço, o foco é a qualidade. Reconhecemos que a sua avaliação ainda apresenta alguns desafios, uma vez que é difícil de ser medida objectivamente mas “a solução não pode, nem deve, passar por não abordar esses mercados, sob pena de se criarem padrões duplos de análise em que as empresas que cobram aos seus utilizadores são verdadeiramente escrutinadas pelas autoridades de concorrência e as que oferecem os seus serviços são sujeitas a uma abordagem leniente,”¹⁹² se forem sujeitas a uma apreciação de todo. Da mesma forma que a existência de um serviço gratuito, aquando da análise de uma operação de concentração, por exemplo, deve sinalizar às autoridades de concorrência a necessidade de compreender as “forças de mercado de que resulta a oferta de serviços interdependentes e a decisão de oferecer apenas um deles.”¹⁹³ Estas preocupações não vão desaparecer, pelo que urge a criação e o desenvolvimento de ferramentas económicas e jurídicas adequadas para analisar devidamente estas questões.

¹⁹² Silva, «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services», 69.

¹⁹³ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 26.

3. O Controlo de Concentrações na União Europeia

3.1 Breve introdução e enquadramento legal

Uma concentração,¹⁹⁴ enquanto operação de “reagrupamento de empresas,”¹⁹⁵ implica uma alteração ao nível da estrutura do mercado pelo que as regras que regem o controlo de concentrações são de natureza estrutural, distinguindo-se das normas comportamentais, aplicáveis à conduta das empresas no mercado que poderá ser censurável “devido ao objeto que prossegue e/ou ao efeito que previsivelmente produzirá.”¹⁹⁶ Estas são aplicáveis a “condutas que já estão em curso no momento em que são objeto de intervenção pelas autoridades de concorrência ou pelos tribunais,”¹⁹⁷ o que significa que o seu controlo é efectuado *ex-post*. Já o controlo de concentrações pressupõe um juízo de prognose quanto aos efeitos da concentração no mercado pelo que é, evidentemente, realizado *ex-ante*.

As concentrações são classificadas enquanto horizontais, “quando as empresas produzem ou distribuem produtos concorrentes na mesma área geográfica,”¹⁹⁸ *i.e.*, são concorrentes, verticais, no caso em que as empresas se encontram em fases diferentes do processo económico, *i.e.*, têm uma “relação de fornecedor-cliente,”¹⁹⁹ ou conglomeradas, que podem ser de extensão de mercado “quando as empresas envolvidas produzem os mesmos produtos ou produtos similares em mercados geográficos distintos,” de extensão de produto, na hipótese de os produtos produzidos pelas empresas serem complementares ou poderem ser “produzidos ou distribuídos da mesma forma”²⁰⁰ ou puros, “quando os produtos não têm qualquer relação entre si.”²⁰¹

¹⁹⁴ Uma operação de concentração implica a “reunião de duas ou mais empresas ou de parte delas, anteriormente independentes uma da outra, sob controlo unitário, independentemente da forma como é prosseguida. O critério essencial consiste, pois, na integração de duas unidades económicas autónomas numa só entidade.” Em Silva, *Direito da Concorrência*, 1157.

¹⁹⁵ Carlos Baptista Lobo, *Concorrência Bancária?* (Coimbra: Almedina, 2001), 298.

¹⁹⁶ Silva, *Direito da Concorrência*, 1157.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 204.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 1158.

¹⁹⁹ *Ibid.*, 1159.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.*

As concentrações horizontais podem gerar importantes ganhos de eficiência mas são geralmente as que representam um maior risco para a concorrência,²⁰² podendo ser submetidas a escrutínio quer ao nível dos seus efeitos não coordenados (unilaterais) quer ao nível dos seus efeitos coordenados.²⁰³ As concentrações verticais podem ser neutras ou aumentar a eficiência económica²⁰⁴ e as principais preocupações que suscitam prendem-se com um “eventual reforço da posição de uma ou ambas as partes dos respetivos mercados,”²⁰⁵ uma vez que são susceptíveis de provocar o encerramento do mercado e/ou levar à colusão entre a entidade resultante da concentração e terceiros.²⁰⁶ Quanto aos conglomerados, na circunstância em que os mercados em causa sejam conexos, “a prática europeia tem suscitado (...) reservas (...) com fundamento em duas teorias: a teoria dos efeitos de carteira (*portfolio effects*) e a teoria dos efeitos de alavancagem (*leveraging effects*),”²⁰⁷ e, no caso dos conglomerados puros, “a única preocupação suscitada prende-se com o efeito ao nível dos recursos do grupo e o receio de um favorecimento face a outros concorrentes com acesso menos facilitado a esses recursos.”²⁰⁸

Às operações de concentração presidem motivações de índole diversa sendo que a maioria das quais é considerada benéfica, ou, pelo menos, não prejudicial para a economia.²⁰⁹ Contudo, há motivos anti-concorrenciais e, outros, “pura e simplesmente neutros do ponto de vista concorrencial.”²¹⁰ Na perspectiva da defesa da concorrência, o controlo de concentrações “denota uma *preocupação estrutural*, normalmente ditada

²⁰² Ibid., 1228.

²⁰³ Whish e Bailey, *Competition Law*, 810.

²⁰⁴ Através da eliminação de custos de transacção ou pela solução do problema da duplicação de margens de lucros, cf. Silva, *Direito da Concorrência*, 1285.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Whish e Bailey, *Competition Law*, 810, 811.

²⁰⁷ Silva, *Direito da Concorrência*, 1296.

²⁰⁸ Ibid., 1297. As teorias do dano relativas a estes efeitos encontram-se vertidas nos considerados 91 a 121 em Comissão Europeia, «Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas 2008/C» (J.O. 265/07), disponível em

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=PT).

²⁰⁹ Whish e Bailey, *Competition Law*, 813.

²¹⁰ Para uma noção das diversas motivações vide Silva, *Direito da Concorrência*, 1160–62; Whish e Bailey, *Competition Law*, 813–16.

pelas falhas dos mecanismos tradicionais relativos aos acordos e práticas concertadas e aos abusos de poder de mercado.”²¹¹

O direito primário da União Europeia não prevê quaisquer regras relativas ao controlo de concentrações,²¹² pelo que, pese embora o estabelecimento da competência da CE para a apreciação do controlo de concentrações, pelo Tribunal de Justiça, no acórdão *Continental Can*,²¹³ era premente a autonomização de um corpo jurídico, substantivo e processual, específico, que foi concretizada no Regulamento n.º 4064/89,²¹⁴ que, depois de várias alterações substanciais, foi reformulado e revogado pelo RCUE.²¹⁵ O critério de apreciação adoptado pelo legislador, em 1989, fundava-se na “criação ou reforço de uma posição dominante” e “mostrou-se mais adequado ao tratamento de casos em que a concentração tendia para um monopólio, apesar de o recurso ao conceito de posição dominante coletiva ter permitido, até certo ponto, instaurar um controlo de estruturas oligopolistas (...),”²¹⁶ motivo pelo qual o legislador europeu, em 2004, modificou o critério substantivo de apreciação de concentrações,²¹⁷ para “o da redução substancial da concorrência,”²¹⁸ esclarecendo a sua aplicação a estruturas oligopolistas.²¹⁹

²¹¹ Silva, *Direito da Concorrência*, 1163.

²¹² O que constitui uma “lacuna intencional dos autores do Tratado de Roma”, em *Ibid.*, 1165.

²¹³ Tribunal de Justiça da União Europeia, *Europemballage Corporation e Continental Can v. Comissão*, 6/72 (1973).

²¹⁴ Conselho, «Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 relativo ao controlo das operações de concentração de empresas», J.O. n.º L 395/1, (1989).

²¹⁵ Conselho, «Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas».

²¹⁶ Silva, *Direito da Concorrência*, 1164.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Ibid.*, 1225. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º do RCUE preveem, respectivamente que “Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante; Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.”

²¹⁹ A circunstância de os oligopólios serem susceptíveis de perigar uma concorrência não falseada no mercado interno encontra-se inequivocamente gizada no considerando 25 do RCUE: Tendo em conta as consequências que podem advir das concentrações em estruturas de mercado oligopolísticas, é ainda mais necessário preservar a concorrência nesses mercados. Muitos mercados oligopolísticos apresentam um nível saudável de concorrência. No entanto, em certas circunstâncias, as concentrações que impliquem a eliminação de importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente, bem como uma redução da pressão concorrencial nos concorrentes remanescentes, podem, mesmo na ausência da possibilidade de coordenação entre os membros do oligopólio, resultar num entrave significativo a uma concorrência efectiva. No entanto, até à data os tribunais comunitários não interpretaram expressamente o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 como exigindo que as concentrações

No artigo 3.º do RCUE encontramos a definição de concentração,²²⁰ que corresponde a uma mudança duradoura de controlo de uma empresa através de uma fusão de duas ou mais empresas independentes (alínea a) do n.º 1) ou da aquisição do controlo “de uma empresa por outra empresa ou por uma pessoa que controla outra empresa”²²¹ (alínea b) do n.º 1) que abrange também a constituição de uma empresa comum²²² que “desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma” (n.º 3), sendo que o controlo decorre da possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa (cf. n.º 2). O n.º 1 do artigo 21.º do RCUE estabelece que este é exclusivamente aplicável às concentrações assim definidas.

A definição da noção de dimensão europeia surge logo no artigo 1.º do RCUE e é apurada com base num critério assente no volume de negócios²²³ das empresas na operação. Assim, uma concentração tem dimensão europeia quando i) o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5.000 milhões de euros; e ii) o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros.²²⁴ Caso uma concentração não atinja estes limiares, funciona o critério complementar que considera que uma concentração tem dimensão europeia nas situações em que (i) o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2.500 milhões de euros; (ii) em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das

dêem origem a esses efeitos não coordenados para serem declaradas incompatíveis com o mercado comum. Como tal, no interesse da certeza jurídica, deverá ficar claro que o presente regulamento permite o controlo efectivo de todas essas concentrações, uma vez que estabelece que qualquer concentração que entrave significativamente a concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, deverá ser declarada incompatível com o mercado comum. A noção de «entrave significativo a uma concorrência efectiva» que consta dos n.ºs 3 e 4 do artigo 2.º deverá ser interpretada como abrangendo, para além dos casos em que é aplicável o conceito de posição dominante, apenas os efeitos anti-concorrência de uma concentração resultantes do comportamento não concertado de empresas que não teriam uma posição dominante no mercado em questão.”

²²⁰ Entretanto desenvolvida pela Comissão Europeia, «Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho Relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas», (2008/C 95/01), 2008.

²²¹ Silva, *Direito da Concorrência*, 1177.

²²² Vide as condições concretas em Comissão Europeia, «Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho Relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas», n.ºs 95, 96.

²²³ Calculado nos termos do artigo 5.º do RCUE.

²²⁴ Cf. n.º 2 do artigo 1 do RCUE.

empresas em causa for superior a 100 milhões de euros; (iii) em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto do (ii), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e (iv) o volume de negócios total realizado individualmente na União Europeia por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros.

Estes limiares são aplicáveis “a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro,”²²⁵ o que denota preocupações de subsidiariedade, na medida em que faz presumir que “os efeitos transnacionais da concentração são menores do que os produzidos internamente,” encontrando-se o Estado-Membro em causa “em melhor posição para apreciar o impacto da concentração no seu território.”²²⁶

O RCUE prevê a obrigação de notificação prévia²²⁷ à CE das concentrações de dimensão europeia após a realização do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo.²²⁸ A notificação produz efeitos na data em que é recebida pela CE²²⁹ e, salvo algumas excepções, suspende a concentração.²³⁰ A não observância da obrigação de notificação e/ou da obrigação de não avançar com a operação de concentração durante o período de suspensão é punível com a imposição de coimas que podem atingir até 10% do volume de negócios total da empresa em causa.²³¹

²²⁵ Cfr. 1.º parágrafo do n.º 2 e 3 do artigo 1.º do RCUE.

²²⁶ Silva, *Direito da Concorrência*, 1188. O Estado-Membro em causa poderá, através do mecanismo previsto no artigo 22.º do RCUE, remeter o processo à CE caso considere que a operação é susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros e ameace afectar significativamente a concorrência no seu território.

²²⁷ A obrigação de notificação recai sobre a pessoa/empresa que adquire o controlo de uma empresa ou parte dela, através do formulário CO disponível no anexo I do Comissão Europeia, «Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de Execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas» (J.O n.º L 133/1, 2004).

²²⁸ Cf. n.º 1 do artigo 4.º do RCUE.

²²⁹ Caso as informações e os documentos instruídos estejam completos. Caso contrário a CE informa as partes por escrito e a notificação só produzirá efeitos na data da recepção das informações completas pela CE, cf. artigo 5.º do Comissão Europeia, «Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de Execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas».

²³⁰ Cf. artigo 7.º do RCUE

²³¹ Cf. artigo 14.º do RCUE.

O n.º 4 do artigo 4.º e o artigo 9.º do RCUE prevêem a possibilidade de remessa para as autoridades nacionais a pedido das notificantes antes da notificação e as remessas para as autoridades nacionais após a notificação, respectivamente. A necessidade de garantir uma protecção efectiva da concorrência em todos os mercados afectados pela operação deverá ser o valor preponderante nas decisões de remessa e a CE deverá asseverar que “as notificações são conformes ao princípio da subsidiariedade, analisando-se em particular, qual a autoridade mais adequada para realizar a investigação, os benefícios inerentes a um sistema de balcão único e a importância da segurança jurídica no que se refere à atribuição de competências.”²³²

A CE também tem competência para a apreciação de operações que, pela via dos limiares, não atinjam uma dimensão europeia, nos termos do n.º 5 do artigo 4.º do RCUE, na circunstância em que uma concentração possa ser apreciada no âmbito da legislação nacional da concorrência de, pelo menos, três Estados-Membros e nenhum deles se oponha ao memorando endereçado pelas partes na operação à CE para o efeito, presumindo-se, nesses casos, que a operação de concentração tem dimensão europeia.

A recepção da notificação da operação dá início ao processo e, *grosso modo*, caso a CE considere que a operação notificada não suscita sérias dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado interno, decide não se opor e declara a operação compatível com o mercado interno, ou, caso a CE não tome qualquer decisão, a operação é tacitamente aprovada decorridos 25 dias úteis após a notificação (Fase I).²³³ Já se a CE entender que a operação notificada suscita sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno inicia-se a Fase II e a CE dispõe de 90 dias para tomar uma decisão.²³⁴

Essencialmente, na Fase I a CE pode considerar que a operação não é abrangida pelo RCUE,²³⁵ entender que a operação não suscita dúvidas sérias e declará-la compatível

²³² Silva, *Direito da Concorrência*, 1190. Sobre os procedimentos, *vide* *Ibid.*, 1190 a 1193.

²³³ Cf. alínea b) do artigo 6.º e n.ºs 1 e 6 do artigo 10.º do RCUE.

²³⁴ Cf. alínea c) do artigo 6.º e n.º 3 do artigo 10 do RCUE. O prazo pode ser prorrogado até 105 dias caso as empresas ofereçam compromissos decorridos até 55 dias do início do processo.

²³⁵ Cf., alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RCUE.

com o mercado interno;²³⁶ sujeitar a operação a condições e obrigações para que se afastem as dúvidas sérias e aquela possa ser declarada compatível com o mercado interno;²³⁷ ou abrir a Fase II do processo porque a concentração suscita sérias dúvidas.²³⁸ Nesta Fase II, a CE pode declarar a compatibilidade de uma concentração com o mercado interno, sem mais;²³⁹ após a introdução de alterações pelas empresas em causa, declarar a compatibilidade de uma operação com o mercado interno;²⁴⁰ declarar a compatibilidade de uma operação com o mercado interno após a introdução de alterações pelas empresas em causa, acompanhando a decisão de condições e obrigações;²⁴¹ ou impedir a realização válida da concentração, declarando-a incompatível com o mercado interno.²⁴² Caso uma concentração se concretize e seja entretanto declarada incompatível com o mercado interno ou se verifique uma contração de uma decisão que imponha condições e obrigações, a CE pode ordenar a dissolução da concentração.²⁴³ Importa salientar que antes de tomar uma decisão de abertura da Fase II ou de adoptar uma decisão nos termos dos n.ºs 2 a 6 do artigo 8.º do RCUE, a CE terá de enviar uma comunicação de objecções às notificantes facultando-lhes um prazo de pronúncia por escrito,²⁴⁴ cumprindo-se, assim, o princípio do contraditório.

Antecipando uma questão relativa à análise substantiva mas que abordaremos apenas brevemente, quando a CE adopta uma decisão de autorização de uma operação com imposição de compromissos (condições e obrigações), está em causa um processo comercial em que cabe às notificantes a iniciativa dos compromissos e à CE a aceitação ou rejeição dos mesmos. Na Fase I as decisões exigem que os compromissos “permitam responder, de forma direta e adequada, a quaisquer dúvidas sérias que a Comissão

²³⁶ Cf. alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RCUE.

²³⁷ Cf. alínea b) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 6.º do RCUE.

²³⁸ Cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º do RCUE.

²³⁹ Cf. n.º 1 do artigo 8.º do RCUE.

²⁴⁰ Cf. n.º 2 do artigo 8.º do RCUE.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Cf. n.º 3 do artigo 8.º do RCUE.

²⁴³ Cf. n.º 5 do artigo 8.º do RCUE.

²⁴⁴ Nos termos previstos no artigo 13.º do Comissão Europeia, «Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de Execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas».

possa ter”.²⁴⁵ Já na Fase II, os compromissos deverão ser proporcionais aos problemas identificados pela CE bem como idóneos para a sua plena resolução. De referir apenas que, *grosso modo*, os compromissos podem assumir uma natureza estrutural (por exemplo, uma obrigação de alienação de activos) ou comportamental (que implica um comportamento omissivo ou comissivo no futuro). Não podendo, nesta sede, adensar este tema, importa referir que a prática da CE em matéria de medidas correctivas e os princípios aplicáveis são concretizados na Comunicação da Comissão sobre Medidas de Correção,²⁴⁶ para a qual remetemos.

A CE pode solicitar as informações consideradas necessárias às empresas que sejam partes na operação e a outras empresas ou associações de empresas e efectuar entrevistas a pessoas.²⁴⁷ Os Governos e autoridades competentes dos Estados-Membros têm o dever de colaborar com a CE, prestando todas as informações necessárias ao exercício das suas competências.²⁴⁸ A CE dispõe também de amplos poderes de inspecção no âmbito da sua competência em sede de controlo de concentrações,²⁴⁹ podendo solicitar às autoridades dos Estados-Membros, numa lógica de descentralização, que procedam às inspecções com base nas respectivas legislações nacionais.²⁵⁰ Assumem particular relevância neste âmbito as audições das partes e de terceiros (inclusive concorrentes das empresas envolvidas na operação).²⁵¹

Perante a recusa na prestação de informações a CE pode aplicar sanções pecuniárias compulsórias²⁵² e, em caso de prestação de informações inexactas ou deturpadas, coimas até 1% do volume de negócios total realizado pela empresa.²⁵³ Veremos, *infra*,

²⁴⁵ Silva, *Direito da Concorrência*, 1309.

²⁴⁶ Comissão Europeia, «Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão» 2008/C 267/01, (2008).

²⁴⁷ Cf. artigo 11.º do RCUE.

²⁴⁸ Silva, *Direito da Concorrência*, 1204. Os pedidos de informação suspendem a contagem do prazo do procedimento ao abrigo do n.º 4 do artigo 10.º do RCUE.

²⁴⁹ Cf. artigo 13.º do RCUE.

²⁵⁰ Cf. artigo 12.º do RCUE.

²⁵¹ Cf. artigo 18.º do RCUE e artigos 11.º a 16.º do Comissão Europeia, «Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de Execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas».

²⁵² Ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 15.º do RCUE.

²⁵³ Cf. artigo 14.º do RCUE.

que, pela primeira vez desde a entrada em vigor do RCUE, a CE adoptou uma decisão de aplicação de uma coima de 110 milhões de euros ao *Facebook* pela prestação de informações inexactas ou deturpadas no âmbito da operação de aquisição do *WhatsApp*.²⁵⁴

As decisões da CE que considerem que a operação notificada não é abrangida pelo RCUE ou que é compatível com o mercado interno (ambas na Fase I) podem ser revogadas a todo o tempo²⁵⁵ na circunstância em que se apure e comprove que estas se fundaram em informações inexactas da responsabilidade de uma das empresas envolvidas na operação, foram obtidas fraudulentamente ou caso as empresas violem uma obrigação imposta pela decisão a revogar. A CE pode, ainda, aplicar coimas até 10% do volume de negócios total da empresa em causa pela realização de uma concentração que tenha sido declarada incompatível com o mercado interno, por desrespeito de medidas cautelares ou definitivas de dissolução ou restabelecimento da situação anterior e por inobservância de obrigações impostas por decisão da CE.²⁵⁶

Das decisões da CE cabe recurso nos termos gerais, tendo legitimidade para recorrer as notificantes, na qualidade de destinatárias do acto, e outros interessados na medida em que fizerem prova de que a decisão em causa lhes diz directa e individualmente respeito.²⁵⁷ O controlo judicial das decisões da CE consiste num “puro contencioso de legalidade na medida em que, não havendo lugar à imposição de coimas, os tribunais da União não dispõem de plena jurisdição.”²⁵⁸

²⁵⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.8228 - Facebook/WhatsApp (2017).

²⁵⁵ Ao abrigo do n.º 3 do artigo 6.º do RCUE

²⁵⁶ Cf. n.º 2 do artigo 14.º do RCUE. A CE pode impor sanções pecuniárias compulsórias para garantir o cumprimento de obrigações que acompanhem uma decisão de compatibilidade ou de uma decisão que ordene medidas nos termos dos n.ºs 4 e 5 do artigo 8.º do RCUE.

²⁵⁷ Cf. 4.º parágrafo do artigo 263.º do TFUE. Poderá ser o caso dos terceiros que, ao abrigo do n.º 4 do artigo 18.º do RCUE, tenham comprovado ter um interesse suficiente e que, por isso, tenham sido ouvidos no processo em Silva, *Direito da Concorrência*, 1217.

²⁵⁸ *Ibid.*, 1215. O autor sublinha os acórdãos *Airtours*, *Schneider-LeGrand* e *Tetra Laval*, afirmando que o TGUE pode levar a cabo uma análise exaustiva da prova e das conclusões que a Comissão extrai da mesma apesar de, no caso *Tetra Laval* o controlo judicial ter beliscado o princípio do equilíbrio institucional.

No final de 2013 a CE adoptou um pacote de simplificação dos seus procedimentos de revisão das concentrações ao abrigo do RCUE²⁵⁹ e pondera actualmente a possibilidade de introduzir “um regime de transparência direcionada, correspondente ao que propõe para as aquisições de participações minoritárias, o que permitiria reduzir ainda mais os encargos administrativos para as empresas.”²⁶⁰

3.2 Apreciação substantiva das concentrações

Como vimos, em 2004 o critério da “dominância” foi suplantado por um novo critério substantivo, o da redução substancial da concorrência efectiva, que mantém alguma continuidade com o regime anterior, preservando relevantes a anterior prática da CE, a jurisprudência dos tribunais da UE e a doutrina sobre o critério da dominância.²⁶¹

Assim, “Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante” e “Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.”²⁶²

3.2.1 As concentrações horizontais

As Orientações sobre Concentrações Horizontais²⁶³ fornecem orientações sobre a forma como a CE aprecia as concentrações quando as empresas em causa são concorrentes

²⁵⁹ Para mais informação *vide* Comissão Europeia, «Mergers: Commission cuts red tape for businesses», 2013, disponível em

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1214_en.htm.

²⁶⁰ Silva, *Direito da Concorrência*, 1213–14. Para mais informação, consultar Comissão Europeia, «Livro Branco - Rumo a um controlo mais eficaz das concentrações na UE», 2014, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&from=PT>.

²⁶¹ Silva, *Direito da Concorrência*, 1228.

²⁶² Cf. n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º do RCUE

²⁶³ Comissão Europeia, «Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C)» (J.O. C 31/05, 2004), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29>.

efectivos ou potenciais no mesmo mercado relevante,²⁶⁴ isto é, um enquadramento analítico a aplicar aos factos específicos de cada notificação e não uma “lista de verificação a aplicar de forma mecânica em todos os casos”.²⁶⁵

O que se almeja é impedir que os benefícios da concorrência efectiva sejam negados aos consumidores através de operações de concentração que aumentem significativamente o poder de mercado das empresas, que é entendido enquanto “a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de outra forma os parâmetros da concorrência,” sendo que a expressão aumento de preços é utilizada como uma “fórmula resumida dos diversos tipos de prejuízo para a concorrência susceptíveis de resultarem de uma concentração.”²⁶⁶

Tratando-se de uma análise *ex ante*, deverá ser efectuada uma comparação entre a situação actual (em que a empresa poderá já deter poder de mercado) com aquela que resultará da concentração, de forma a aferir se da concentração resulta a criação ou o reforço do poder de mercado e, em caso afirmativo, quais as pressões que podem limitar o seu exercício.²⁶⁷

A definição de mercado relevante é o primeiro passo na apreciação de uma concentração e este é determinado pela conjugação do mercado de produto e do mercado geográfico.²⁶⁸ O RCUE não fornece qualquer definição de mercado de produto ou mercado geográfico relevante, pelo que a interpretação destes conceitos deverá ser efectuada tendo por referência a Secção 6.ª do Formulário CO.²⁶⁹ Aí o mercado de produto relevante “compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e

²⁶⁴ Cf. n.º 5 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁶⁵ Cf. n.º 13 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁶⁶ Cf. n.º 8 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁶⁷ Silva, *Direito da Concorrência*, 1246.

²⁶⁸ Cf. n.º 7 da Comissão Europeia, «Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência» ((97/C 372/03), 1997).

²⁶⁹ Que se encontra no Anexo I do Comissão Europeia, «Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de Execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas».

utilização pretendida” e o mercado geográfico “corresponde à área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.”²⁷⁰

Os condicionalismos concorrenciais a que as empresas estão sujeitas são a substituíbilidade do lado da procura, a substituíbilidade do lado da oferta e a concorrência potencial. Do ponto de vista económico, para a definição de mercado relevante, a substituíbilidade do lado da procura constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um produto,²⁷¹ em especial no que respeita às suas decisões em matéria de preços, daí a importância do teste SSNIP²⁷² (também denominado método do monopolista hipotético e utilizado para determinar o grau de substituíbilidade entre produtos) na determinação da “possibilidade de um aumento significativo dos preços sem que se verifique uma transferência para outros produtos substitutos, um aumento da capacidade dos concorrentes atuais ou a entrada de novos concorrentes.”²⁷³ As fronteiras de um mercado relevante são, assim, definidas pela identificação de um certo grau de elasticidade cruzada entre os produtos. Com o teste SSNIP, a elasticidade cruzada é medida por uma variação de preços: dois produtos estão no mesmo mercado se um aumento de preço de entre 5% a 10% não for lucrativo atenta a transferência da procura para o outro.²⁷⁴

À definição de mercado sucede a apreciação concorrencial da concentração, em que a CE deverá considerar factores tais como a necessidade de preservar a concorrência efectiva no mercado interno, a posição ocupada pelas empresas no mercado, as

²⁷⁰ Secção 6, I e II Ibid.

²⁷¹ Cf. n.º 13 da Comissão Europeia, «Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência».

²⁷² Previsto no ponto 17 da Ibid. A importância do teste SSNIP não deve ser desmesurada, uma vez que não é um teste infalível. No conhecido caso da “falácia do celofane” o fornecedor dominante de celofane tinha inflacionado os preços de tal forma que os consumidores estavam dispostos a substituí-lo por outros produtos que não seriam considerados substitutos se os preços do celofane fossem competitivos.

²⁷³ Silva, *Direito da Concorrência*, 1247.

²⁷⁴ Ferro, «“Ceci n’est pas un marché”: Gratuity and competition law», 11.

possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, a existência de barreiras à entrada, os interesses dos consumidores intermédios e finais, etc.²⁷⁵

A definição de mercado relevante permite o cálculo de quotas de mercado das partes, um importante indicador relativo à posição que a nova entidade provavelmente terá no mercado.²⁷⁶ A CE pode presumir a existência de uma posição dominante quando a quota de mercado for especialmente elevada (50% ou mais), podendo a CE concluir pela existência de uma posição dominante com quotas situadas entre os 40% e 50%, com base em factores complementares.²⁷⁷ Quando a quota de mercado das empresas não ultrapassa os 25% no mercado interno ou numa parte substancial deste, o RCUE prevê, no considerando 32, uma presunção de compatibilidade.²⁷⁸ Contudo, nos casos de efeitos não coordenados em oligopólio, a CE poderá identificar preocupações jusconcorrenciais mesmo quando a quota de mercado conjunta das empresas se encontra abaixo desse limiar.²⁷⁹

O postulado em que assenta o controlo de concentrações é a existência de uma correlação positiva entre o grau de concentração e o nível de poder de mercado detido pelas empresas no mercado em causa.²⁸⁰ O Índice Herfindahl-Hirschman (IHH) é o indicador mais fiável do grau de concentração, uma vez que é calculado pela soma dos quadrados das quotas de mercado individuais de todos os participantes no mercado e confere, proporcionalmente, um maior peso às quotas de mercado das empresas de maior dimensão. A variação entre o grau de concentração anterior e posterior é denominado “delta” e constitui um valor aproximado da variação da concentração do mercado resultante da operação de concentração.²⁸¹

À partida, num mercado que apresente um IHH inferior a 1000 após a concentração, a CE não deverá apresentar preocupações. Também num mercado com um IHH entre

²⁷⁵ Cf. n.º 1 do artigo 2.º do RCUE

²⁷⁶ Cf. n.º 14 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁷⁷ Cf. n.º 17 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁷⁸ Também o n.º 18 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁷⁹ Silva, *Direito da Concorrência*, 1254.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Cf. n.º 16 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

1000 e 2000 após a concentração com um delta inferior a 250 ou num mercado com um IHH superior a 2000 após a concentração e com um delta inferior a 150 é pouco provável que se identifiquem preocupações jusconcorrenciais, salvo circunstâncias específicas, que envolvem, por exemplo, a concentração com um concorrente potencial, uma das partes ser um inovador importante, a existência de participações cruzadas entre os participantes no mercado, *inter alia*.²⁸² Importa salientar que os níveis de IHH e a sua combinação com os deltas relevantes não permitem presumir nem a existência nem a ausência de preocupações de cariz jusconcorrencial, podendo ser utilizados como indicadores iniciais da existência dessas preocupações.

3.2.1.1 Efeitos anti-concorrenciais

Depois da análise estrutural, a CE leva a cabo uma avaliação sobre os eventuais efeitos anti-concorrenciais da operação, o que requer uma ponderação da situação concorrencial nos mercados afectados pela operação de concentração no momento em que esta ocorre, bem como de elementos dinâmicos que permitam obter indicações precisas sobre a provável evolução dos mercados caso a CE autorize a concentração. Aqui, a CE distingue os efeitos não coordenados (unilaterais) dos efeitos coordenados.²⁸³ Na primeira categoria de efeitos, estamos perante um aumento de poder de mercado resultante da eliminação de pressões concorrenciais importantes sobre a nova entidade e as restantes empresas no mercado. Assim, de acordo com a CE, “quanto mais elevada for a quota de mercado, mais probabilidades existem de que uma empresa possua poder de mercado”²⁸⁴ e “quanto mais elevado for o grau de substituibilidade entre os produtos das empresas na concentração, maiores probabilidades existem de que essas empresas aumentem os preços de forma significativa.”²⁸⁵ Ademais, deverão ser tidas em conta considerações como (i) a existência de um número reduzido de fornecedores alternativos ou a existência de custos de transferência, que diminuem a possibilidade de um cliente mudar de fornecedor; (ii) a pouca probabilidade de os concorrentes

²⁸² Cf. n.º 19 e 20 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁸³ Alíneas a) e b) do n.º 22 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁸⁴ Cf. n.º 27 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁸⁵ Cf. n.º 28 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

aumentarem a oferta se os preços aumentarem, tornando um aumento de preços lucrativo; (iii) a capacidade de a entidade resultante da concentração impedir a expansão dos concorrentes, designadamente por não poderem, individualmente ou em conjunto, exercer uma pressão que impeça a entidade de aumentar os preços ou adoptar outras medidas prejudiciais para a concorrência; e (iv) a eliminação de uma força concorrencial importante, principalmente num mercado que já se encontre concentrado.²⁸⁶

Na segunda categoria de efeitos, através da diminuição de concorrentes uma concentração pode “criar condições que viabilizem comportamentos colusivos, aumentem os incentivos das empresas para a adoção dessas condutas ou que facilitem essa coordenação, seja ao tornar mais exequível um entendimento entre concorrentes ou ao permitir que essa concertação seja mais estável.”²⁸⁷ Para que a coordenação seja sustentável deverão estar preenchidas três condições: (i) as empresas que participam na coordenação deverão poder controlar, de forma suficiente, se as condições estão a ser cumpridas; (ii) a disciplina exige a existência de mecanismos de persuasão credíveis que possam ser accionados quando é detectado um desvio; e (iii) as reacções das empresas terceiras (concorrentes actuais e potenciais que não participam da coordenação) e dos clientes não deverão poder prejudicar os resultados esperados da coordenação. É imprescindível que as empresas tenham um entendimento comum relativamente à coordenação e quanto mais variáveis influírem na definição do comportamento concorrencial e quanto mais complexas e voláteis forem as condições de mercado, mais difícil se torna a existência desse entendimento comum.²⁸⁸ A CE fornece importantes indicações, sendo, assim, mais provável a coordenação em função (i) do número de participantes no mercado, uma vez que é “mais fácil coordenar o comportamento de um número reduzido de intervenientes”;²⁸⁹ (ii) da natureza dos produtos, pois “é mais fácil coordenar os preços em relação a um produto único e homogéneo”;²⁹⁰ (iii) da estabilidade da oferta e da procura, porque “a coordenação de

²⁸⁶ Cf. n.ºs 31 a 38 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁸⁷ Silva, *Direito da Concorrência*, 1263.

²⁸⁸ *Ibid.*, 1264.

²⁸⁹ Cf. n.º 45 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁹⁰ *Ibid.*

preços é mais simples quando as condições da procura e da oferta são relativamente estáveis”;²⁹¹ (iv) da importância da inovação, na medida em que quanto mais importante for a inovação do ponto de vista concorrencial, mais difícil será a coordenação;²⁹² (v) das características dos produtores, porquanto “as empresas poderão considerar mais fácil chegar a um consenso sobre as condições de coordenação se forem relativamente simétricas, principalmente em termos de estruturas de custos, quotas de mercado, níveis de capacidade e níveis de integração vertical”;²⁹³ (vi) das características dos clientes, pois que “a coordenação através da repartição do mercado será mais fácil se os clientes apresentarem características mais simples, que permitam que as empresas que participam na coordenação os distribuam facilmente”;²⁹⁴ e (vii) da existência de mecanismos facilitadores, que “facilitam a prossecução dos seus objetivos ilícitos, reduzindo a complexidade das condições de mercado, como é o caso dos mecanismos que aumentam a transparência ou facilitam a comunicação (...)”.²⁹⁵

A coordenação precisa, ainda, de ser estável, sem comportamentos desviantes face à disciplina colusiva, com ameaças de retaliação credíveis (que inflijam, de forma oportuna, dano ao “prevaricador”) e sem possibilidade de reacção por parte dos concorrentes. Assim, para que a coordenação seja considerada estável, é necessário (i) o controlo dos desvios, uma vez que “só a ameaça atempada e suficiente impede que as empresas se desviem da coordenação”;²⁹⁶ (ii) a existência de mecanismos de persuasão, porque é “a ameaça de uma futura retaliação que mantém a coordenação sustentável”;²⁹⁷ e (iii) a incapacidade de reacção de empresas terceiras, posto que “o comportamento das empresas que não participam na coordenação e dos concorrentes potenciais, bem como dos clientes, não deverá poder prejudicar os resultados previstos da coordenação.”²⁹⁸

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Silva, *Direito da Concorrência*, 1264.

²⁹³ Cf. n.º 48 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁹⁴ Cf. n.º 46 Ibid.

²⁹⁵ Silva, *Direito da Concorrência*, 1265.

²⁹⁶ Cf. n.º s 49 a 51 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

²⁹⁷ Cf. n.º s 52 a 55 Ibid.

²⁹⁸ Cf. n.º s 56 a 57 Ibid.

Além destes efeitos anticoncorrenciais, a CE acolhe ainda a teoria da eliminação de um concorrente potencial, fundamento para proibição de uma concentração quando (i) o concorrente potencial “exercer já uma influência restritiva significativa ou (...) existir uma probabilidade considerável de vir a transformar-se numa força concorrencial efectiva” e não existir “um número considerável de outros concorrentes potenciais susceptíveis de manter uma pressão concorrencial suficiente após a concentração.”²⁹⁹ Neste caso, na senda do entendimento do TJUE do acórdão *Tetra Laval*, não basta a alegação de que a empresa em causa já ocupa uma posição dominante, pelo que compete à CE demonstrar que uma redução da concorrência potencial é susceptível de reforçar uma posição dominante.

Um outro efeito anticoncorrencial de uma concentração horizontal poderá ser a criação ou o reforço do poder de mercado dos compradores nos mercados a montante. A entidade resultante da concentração “poderá obter condições mais favoráveis nos seus fornecimentos ou levar os fornecedores a praticar condições mais onerosas sobre os seus concorrentes.”³⁰⁰ Considerando que os efeitos da concentração poderão ser benéficos para os consumidores na medida em que as economias de custo sejam repercutidas no preço de venda da entidade resultante da concentração – assim, o mercado em que se produzem os efeitos horizontais mantinha uma concorrência efectiva –, para que ocorra um entrave significativo à concorrência efectiva será imprescindível que esta entidade possa baixar o nível de produção total ou utilize o seu poder de comprador face aos fornecedores para impedir o acesso dos seus rivais, restringindo a concorrência a jusante.

Para que da concentração resulte um risco elevado de aumento de poder de mercado e de este vir a ser exercido de forma duradoura, é indispensável que as empresas se encontrem escudadas por barreiras à entrada, definidas como “características específicas do mercado, que proporcionam às empresas estabelecidas vantagens sobre os concorrentes potenciais.”³⁰¹ As barreiras à entrada podem assumir diversas formas,

²⁹⁹ Cf. n.º 60 *Ibid.*

³⁰⁰ Silva, *Direito da Concorrência*, 1267.

³⁰¹ Cf. n.º 70 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

designadamente (i) obstáculos legais, que limitam o número de participantes no mercado; (ii) acesso a matérias-primas, infraestruturas essenciais, economias de escala e de gama, acesso a tecnologia e outros factores que dificultem a entrada a novos concorrentes; (iii) elementos que reforcem a posição firme de empresas estabelecidas no mercado, como a reputação e a experiência; (iv) elevados custos de transição para os consumidores; e (v) elevada capacidade excedentária.³⁰²

3.2.1.2 Factores de compensação

Um dos factores de compensação dos eventuais efeitos anti-concorrenciais é o poder de compensação dos compradores, entendido, neste contexto, enquanto “o poder de negociação do comprador face ao vendedor, no âmbito de negociações comerciais, devido à sua dimensão, à sua importância comercial para o vendedor e à sua capacidade de mudar para fornecedores alternativos.”³⁰³

Também a entrada de novas empresas constitui uma ameaça concorrencial, uma vez que as empresas incumbentes se coíbem de aumentar os preços de forma a manter afastados os concorrentes potenciais. A possibilidade de entrada limitará o poder de mercado criado pela concentração quando for provável (suficientemente rentável), realizada em tempo útil (no prazo de dois anos após a concentração) e suficiente (para impedir os efeitos anti-concorrenciais da concentração).³⁰⁴

As partes podem, ainda, fornecer à CE elementos relevantes para comprovar o preenchimento dos requisitos da “defesa da eficiência”³⁰⁵ e, assim, procurar contrariar as preocupações anti-concorrenciais suscitadas pela concentração. A CE realiza uma apreciação global da concentração em termos de concorrência, ponderando, aí, os benefícios. Os requisitos da “defesa da eficiência” são (i) o benefício para os consumidores, entendido como um não agravamento da situação dos consumidores em resultado da operação de concentração, sendo que a CE privilegia ganhos de eficiência que se traduzam numa redução de preços ou produtos e serviços novos ou melhorados, reduções de custos variáveis ou do custo marginal, sendo que quanto mais cedo

³⁰² Cf. n.º 71 *Ibid.*

³⁰³ Cf. n.º 64 *Ibid.*

³⁰⁴ Cf. n.ºs 68 a 75 *Ibid.*

³⁰⁵ Silva, *Direito da Concorrência*, 1278.

ocorrerem os ganhos de eficiência maior relevância lhes será atribuída;³⁰⁶ (ii) especificidade relativamente à concentração, ou seja, os ganhos de eficiência para efeitos de apreciação em termos de concorrência só importam quando são “consequência directa da concentração notificada, não podendo ser conseguidos a um nível semelhante, através de alternativas menos anti-concorrenciais”,³⁰⁷ e (iii) possibilidade de verificação, na medida em que devem ser comprováveis, quer quanto à probabilidade de se virem a realizar quer quanto à magnitude.³⁰⁸

Por fim, a CE pode, ainda, decidir que uma concentração, que de outra forma seria problemática, é compatível com o mercado interno quando uma das empresas objecto da concentração se encontrar insolvente.³⁰⁹ Esta é uma denominada *failing firm defense*, uma solução tributária da doutrina norte-americana, que exige que três critérios relevantes estejam preenchidos. A saber, que (i) a empresa alegadamente insolvente esteja prestes a ser excluída do mercado num futuro próximo e devido a dificuldades financeiras, (ii) não exista qualquer aquisição alternativa susceptível de provocar um impacto jusconcorrencial menos negativo, e (iii) na ausência da concentração, os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado. Aqui, o requisito fundamental reside na ausência de um nexo causal entre a concentração e a deterioração da estrutura concorrencial.

3.2.2 As concentrações verticais e conglomerais

As Orientações sobre Concentrações Não Horizontais³¹⁰ fornecem um enquadramento analítico para concentrações que não conduzem a uma eliminação directa da concorrência, devido ao facto de as empresas envolvidas se encontrarem situadas em diferentes etapas do processo económico, mas que poderão suscitar preocupações

³⁰⁶ Cf. n.ºs 79 a 84 Ibid.

³⁰⁷ Cf. n.º 85 Ibid.

³⁰⁸ Cf. n.º 86 Ibid.

³⁰⁹ Cf. n.ºs 89 a 91 Ibid.

³¹⁰ Comissão Europeia, «Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas 2008/C».

jusconcorrenciais ao nível do reforço da posição de uma ou ambas as partes nos respectivos mercados.³¹¹

Atenta a circunstância de, nas concentrações não horizontais, as actividades ou produtos envolvidos serem complementares entre si, a integração destes numa única empresa pode gerar ganhos de eficiência significativos e ser pró-concorrencial. Uma integração vertical pode diminuir os custos de transacção, permitindo uma melhor articulação no que concerne à concepção de produtos, organização do processo de produção e modalidades de venda dos produtos, e resolver o problema da duplicação de margens de lucro.³¹²

No entanto, à semelhança do que ocorre nas concentrações horizontais, estas concentrações são susceptíveis de restringir a concorrência através de efeitos não coordenados (unilaterais), onde avulta o encerramento anticoncorrencial do mercado, que potencia o exercício unilateral de poder de mercado, e de efeitos coordenados.³¹³

Como vimos, as quotas de mercado e os níveis de concentração são um primeiro indicador útil do poder de mercado e da importância concorrencial das partes envolvidas na concentração e dos seus concorrentes. A CE “estabeleceu uma zona de segurança para quotas inferiores a 30%, acompanhadas de um IHH pós-concentração inferior a 2000”³¹⁴ sendo que só investigará aprofundadamente tais concentrações em circunstâncias excepcionais.³¹⁵

Nas concentrações verticais, em sede de efeitos não coordenados, a principal preocupação corresponde ao risco de exclusão de concorrência num dos mercados envolvidos. A CE fundamenta a sua análise do risco concorrencial na teoria da elevação dos custos dos concorrentes (*raising rivals costs*)³¹⁶ pelo que a concentração ao

³¹¹ Silva, *Direito da Concorrência*, 1285.

³¹² Cf. n.º 13 e 14 das Orientações sobre Concentrações Não Horizontais.

³¹³ Cf. n.ºs 17 a 19 Ibid.

³¹⁴ Silva, *Direito da Concorrência*, 1291.

³¹⁵ Elencadas nas alíneas a) a d) das Orientações sobre Concentrações Não Horizontais.

³¹⁶ Para uma análise aprofundada *vide* Silva, *Direito da Concorrência*, 933 e ss.

restringir o acesso a um *input* essencial (*input foreclosure*) poderá reduzir o grau de concorrência a montante³¹⁷ ou ao permitir o controlo do acesso a um canal importante para o escoamento da produção (*customer foreclosure*) poderá reduzir o grau de concorrência a jusante.³¹⁸ Estes entraves à concorrência efectiva poderão facilitar o exercício do poder de mercado por parte da entidade resultante da concentração ou pelo conjunto de empresas a operar no mercado.

A apreciação da probabilidade de um cenário de encerramento anticoncorrencial de factores de produção importa a análise cumulativa de três factores: (i) a capacidade de encerramento do mercado, nomeadamente o grau de poder de mercado numa fase pós-concentração a montante ou a jusante;³¹⁹ (ii) a consideração dos incentivos para a adopção de condutas que causem o encerramento, designadamente a rentabilidade da conduta de exclusão, e o enquadramento jusconcorrencial dos comportamentos necessários à execução de uma estratégia de exclusão (considerando a probabilidade de detecção de tais comportamentos e as sanções previstas);³²⁰ e (iii) o impacto global provável da concorrência efectiva.³²¹

À semelhança do que sucede com as concentrações horizontais, deverão ser ponderados os ganhos de eficiência³²² bem como eventuais factores de compensação dos efeitos sobre a concorrência.³²³ A entidade resultante da concentração poderá, ainda, através de uma integração vertical, retirar vantagens da sua posição pela obtenção de informações comerciais sensíveis sobre os seus concorrentes que se encontrem a montante ou a jusante.³²⁴

³¹⁷ Vide n.ºs 31 a 57 das Orientações sobre Concentrações Não Horizontais.

³¹⁸ Vide n.ºs 58 a 77 Ibid.

³¹⁹ Cf. n.ºs 33 a 39 Ibid.

³²⁰ Cf. n.ºs 40 a 46 Ibid. quanto ao mercado a montante e n.ºs 68 a 71 Ibid. para os incentivos para o encerramento do mercado a jusante.

³²¹ Cf. n.ºs 47 a 57 Ibid. no mercado a jusante e 72 a 75 Ibid. no mercado a montante.

³²² Redução de margens duplas (*double marginalisation*), racionalização da produção e distribuição e resolução de problemas de incentivo ao investimento, em n.ºs 55 a 57 Ibid.

³²³ Cf. n.ºs 76 e 77 Ibid.

³²⁴ Cf. n.º 78 Ibid.

Em sede de efeitos coordenados,³²⁵ importa salientar que a integração vertical pode propiciar a criação ou o reforço de condições que incentivam e/ou facilitam a colusão num dos níveis da cadeia de valor, uma vez que (i) o encerramento do mercado diminui o número de concorrentes, facilitando a coordenação entre os demais, (ii) a simetria e a transparência entre os concorrentes podem aumentar, o que reforça a probabilidade de colusão, (iii) a integração pode envolver uma empresa dissidente que deixa de exercer uma pressão concorrencial efectiva sobre os seus concorrentes, (iv) a maior transparência ou a redução do número de concorrentes facilitam a detecção do desvio e criam condições para uma efectiva penalização dos mesmos.³²⁶

Nas concentrações conglomeradas, que “na maioria dos casos (...) não dão origem a preocupações em matéria de concorrência,”³²⁷ a principal preocupação em sede de efeitos não coordenados diz também respeito ao encerramento do mercado. O principal dano potencial para a concorrência é o risco de exclusão através da alavancagem³²⁸ do poder num mercado principal para obter poder num mercado conexo e/ou para proteger a posição no primeiro mercado.³²⁹ A CE aprecia a probabilidade deste cenário determinando se a entidade resultante da concentração teria capacidade para encerrar o mercado³³⁰ e incentivos para o fazer,³³¹ bem como o impacto global ao nível dos preços e da escolha.³³²

Para que haja capacidade para pôr em prática uma estratégia de exclusão por via do efeito de alavanca é necessária a detenção de um grau de poder de mercado significativo³³³ e que uma parte substancial da procura dos produtos seja comum quer por questões técnicas ou comerciais, quer por motivos relacionados com a preferência dos consumidores. A existência de economias de escala e factores dinâmicos facilita o

³²⁵ Elencados nos nºs 79 a 90 Ibid.

³²⁶ Silva, *Direito da Concorrência*, 1295.

³²⁷ Cf. n.º 92 das Orientações sobre Concentrações Não Horizontais.

³²⁸ A CE define o “efeito de alavanca” como a capacidade de uma empresa aumentar as vendas de um produto num mercado (o mercado subordinado) explorando a sua forte posição no mercado do produto a que ele está subordinado (mercado subordinante ou de alavanca).

³²⁹ Cf. n.º 93 das Orientações sobre Concentrações Não Horizontais.

³³⁰ Cf. n.º 94 e seguindo as orientações vertidas nos n.ºs 95 a 104 Ibid.

³³¹ Ibid e orientada pelo disposto nos n.ºs 105 a 110 Ibid.

³³² Cf. 111 a 118 Ibid.

³³³ Cf. n.º 99 Ibid.

recurso a estratégias de exclusão.³³⁴ A CE procurará aferir se existem estratégias efectivas e atempadas que possam contrariar os efeitos de alavancagem, por parte dos concorrentes ou clientes,³³⁵ desvalorizando a teoria dos efeitos de carteira na medida em que não suscita, *per se*, preocupações jusconcorrenciais. A CE terá de demonstrar também os incentivos que a nova entidade terá para a adopção de estratégias de exclusão e que o risco de violação das regras de concorrência não é suficiente para a dissuadir dessa conduta no futuro. Importará, à semelhança do que escrevemos *supra* a propósito das concentrações verticais, que a estratégia seja rentável.³³⁶

Segue-se a análise do impacto global da operação nos preços e na escolha, considerando as possíveis estratégias de exclusão (o entrave à concorrência no mercado do produto subordinado, reduzindo a quota disponível abaixo da escala mínima de eficiência impedindo, desta forma, a entrada a novos concorrentes e a dissuasão da entrada noutra mercado ao elevar as barreiras à entrada, porque os novos concorrentes terão de entrar nos dois mercados em simultâneo),³³⁷ que só serão prováveis na circunstância de a quota de mercado encerrada à concorrência ser suficientemente elevada para a restringir significativamente. Por fim, a CE considera os factores de compensação e os ganhos de eficiência.³³⁸

Finalmente, quanto aos efeitos coordenados, são referidas as hipóteses de aumento de probabilidade e/ou facilidade de colusão pela eliminação de concorrentes efectivos e o aumento do âmbito e relevância da concorrência em diversos mercados podendo dar azo a mecanismos de disciplina para sustentar um equilíbrio.³³⁹ O Professor Miguel Moura e Silva nota que “a inclusão da possibilidade de colusão parece surgir nas

³³⁴ Cf. n.º 101 *Ibid.*

³³⁵ Cf. n.º 103 *Ibid.*

³³⁶ Cf. n.º 106 a 109 *Ibid.*

³³⁷ Silva, *Direito da Concorrência*, 1305.

³³⁸ Cf. 114 a 118 das Orientações sobre Concentrações Não Horizontais. Os ganhos de eficiência identificados pela CE são, *mutatis mutandis*, os mesmos das concentrações verticais mas atenta a complementaridade dos produtos em causa dois benefícios são autonomizados: o primeiro resulta da internalização do efeito de redução dos preços de um dos produtos nas vendas do outro e o segundo da redução de custos por via das economias de gama que favorecem a venda conjunta relativamente à venda em separado.

³³⁹ Cf. n.ºs 119 a 121 *Ibid.*

Orientações por uma questão de simetria e de exaustividade” uma vez que “este risco nunca foi seriamente ponderado em casos anteriores.”³⁴⁰

³⁴⁰ Silva, *Direito da Concorrência*, 1306.

4. Facebook/WhatsApp – Análise da decisão da CE no caso M.7217

A presente análise incide sobre a versão pública da decisão da CE que aprovou a aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook*, que omite informações consideradas comercialmente sensíveis.

Em Agosto de 2014, o *Facebook* notificou a CE da sua decisão de adquirir o *WhatsApp*. O *Facebook* é um operador de *websites* e aplicações para dispositivos móveis, onde fornece espaço publicitário *online*, que oferece uma rede social (a plataforma *Facebook*), comunicações entre consumidores (a aplicação *Facebook Messenger*) e funcionalidades de partilha de fotografias e vídeo (a aplicação *Instagram*). O *WhatsApp* é um operador que presta serviços de comunicações entre consumidores através da sua aplicação homónima para *smartphones* e não vende espaço publicitário.³⁴¹

A transacção, no valor de 19 mil milhões de dólares, foi considerada uma concentração na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do RCUE, i.e., uma aquisição de controlo, não tendo, no entanto, atingido a necessária dimensão europeia, porquanto os limiares quantitativos previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1.º do RCUE não foram atingidos, atento o diminuto volume de negócios apresentado pelo *WhatsApp* no ano transacto à operação (de aproximadamente 10 milhões de dólares)³⁴². Contudo, uma vez que a operação consistia numa concentração e era passível de apreciação por parte das autoridades de concorrência de, pelo menos, três Estados-Membros, o *Facebook*, ao abrigo do mecanismo do *one-stop shop* previsto no n.º 5 do artigo 4.º do RCUE, endereçou à CE um memorando fundamentado que, não tendo sido objecto de desacordo por nenhum dos Estados-Membros competentes para a respectiva apreciação, acabou por firmar a dimensão europeia necessária para a apreciação da operação pela CE.

³⁴¹ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 1–3 (2014).

³⁴² Eleonora Ocello, Cristina Sjödin, e Anatoly Subočs, «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», *Competition Merger Brief 1/2015*, n. 1–7 (2015): 1, disponível em http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf.

A CE determinou como mercados relevantes nesta operação (i) o mercado das aplicações de comunicações entre consumidores para *smartphones*³⁴³ – mercado do produto – pelo menos no Espaço Económico Europeu (EEE), senão no mundo³⁴⁴ – mercado geográfico – , (ii) o mercado dos serviços de redes sociais (cujas delimitações exactas, em particular se as aplicações *Facebook Messenger* e *WhatsApp* se enquadravam no âmbito de tal mercado, foram deixadas em aberto, uma vez que a operação não suscitou dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno, em qualquer definição alternativa de mercado)³⁴⁵ – mercado do produto – pelo menos no EEE, senão no mundo³⁴⁶ – mercado geográfico – e (iii) o mercado dos serviços de publicidade *online* (deixando em aberto a questão de se saber se os seus segmentos constituiriam mercados relevantes autónomos, por considerar que a operação não suscitaria dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno ao abrigo de uma definição de mercado de produto tão restrita)³⁴⁷ – mercado do produto – definindo o mercado geográfico como sendo de âmbito nacional ou acompanhando as fronteiras linguísticas dentro do EEE.³⁴⁸

4.1 Mercado das aplicações de comunicações entre consumidores para *smartphones*

4.1.1 Concorrência ao nível da privacidade

As partes desta operação eram ambas operadoras de aplicações de serviços de comunicação entre consumidores (troca de mensagens) para *smartphones*. À data da apreciação da concentração, a aplicação *Facebook Messenger* contava com cerca de 300 milhões de utilizadores (de entre os 1.3 mil milhões de utilizadores da rede social *Facebook*) e o *WhatsApp* com aproximadamente 600 milhões de utilizadores, ambos a nível mundial.³⁴⁹ A CE desconsiderou a análise às quotas de mercado por entender que, num contexto dinâmico, não são necessariamente indicativas de poder de mercado e,

³⁴³ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 34 (2014).

³⁴⁴ *Ibid*, para. 44.

³⁴⁵ *Ibid*, para. 62.

³⁴⁶ *Ibid*, para. 68.

³⁴⁷ *Ibid*, para. 79.

³⁴⁸ *Ibid*, para. 83.

³⁴⁹ *Ibid*, para. 84.

portanto, de um dano duradouro para a concorrência. Esta conclusão é baseada no facto de o sector de comunicações entre consumidores ser de rápido crescimento, caracterizado por entradas frequentes no mercado e ciclos curtos de inovação em que as quotas de mercado elevadas podem ser efémeras.³⁵⁰

Nesta operação, a privacidade era uma importante faceta da concorrência não baseada no preço. Antes da concentração os consumidores podiam escolher entre duas aplicações de comunicações entre consumidores com bastante popularidade e diferentes opções de privacidade. É que, ao contrário do *Facebook Messenger*, o *WhatsApp*, apesar de cobrar uma taxa de subscrição em alguns Estados-Membros,³⁵¹ oferecia segurança, através da criptografia ponta-a-ponta de todas as comunicações efectuadas,³⁵² não vendia espaço publicitário, não guardava as comunicações trocadas nos seus servidores nem recolhia grandes quantidades de dados pessoais dos seus utilizadores através da sua aplicação.³⁵³ Já a utilização da aplicação de mensagens do *Facebook* era gratuita mas implicava a recolha de uma miríade de dados pessoais (e metadados)³⁵⁴ dos seus utilizadores para, entre outras finalidades, lhes dirigir

³⁵⁰ Ibid, para. 99.

³⁵¹ Ibid, para. 42.

³⁵² “A privacidade e a segurança estão no nosso DNA, é por isso que temos criptografia de ponta-a-ponta. Quando criptografadas de ponta-a-ponta, as suas mensagens, fotos, vídeos, mensagens de voz, actualizações de *status*, documentos e ligações estão seguras e não cairão em mãos erradas” em *WhatsApp*, «Perguntas Frequentes», disponível em https://faq.whatsapp.com/pt_br/android/28030015/.

³⁵³ “O *WhatsApp* não recolhe nomes, *e-mails*, endereços ou outras informações de contacto da lista de endereços ou listas de contactos dos seus utilizadores, além dos números de telemóvel” em *WhatsApp*, «Política de privacidade do *WhatsApp*», 2012, disponível em <https://www.whatsapp.com/legal?doc=privacy-policy&version=20120707>.

³⁵⁴ Sem quaisquer preocupações ao nível da privacidade e da protecção dos mesmos: “O sistema de mensagens do *Facebook* é conhecido pelas suas extensas práticas de recolha de dados. Quando o *Facebook* reformulou o seu sistema de mensagens, em novembro de 2010, subscreveu automaticamente todos os utilizadores do *Facebook* e desactivou a possibilidade de apagar mensagens individuais. Sem o consentimento dos utilizadores, o novo sistema de mensagens também extraiu dados do gráfico social do *Facebook* para dar prioridade a mensagens de determinados utilizadores. Actualmente, mesmo quando os utilizadores apagam uma mensagem, ela permanece armazenada nos servidores do *Facebook*. No final de 2013, a *Slate* denunciou que, mesmo quando um utilizador opta por não enviar uma mensagem, o *Facebook* monitoriza o que este escreveu” em Electronic Privacy Information Center, «In re: *WhatsApp*», 2014, disponível em <https://epic.org/privacy/internet/ftc/WhatsApp/>.

publicidade segmentada,³⁵⁵ e apresentava diversas fragilidades relativas à segurança da informação.³⁵⁶

A CE identifica a privacidade e a segurança enquanto parâmetros chave da concorrência não baseada no preço, “cuja importância varia de utilizador para utilizador, mas que são cada vez mais valorizadas, como demonstra a introdução de aplicações de comunicações que atendem especificamente a questões de privacidade e segurança (...),”³⁵⁷ no mercado dos serviços de comunicações entre consumidores mas, curiosamente, só as considera na análise do impacto da concentração no mercado dos serviços de publicidade *online*, perante a possibilidade de introdução de publicidade direccionada no *WhatsApp*.³⁵⁸

Surpreendentemente, as diferenças nas políticas de privacidade e protecção de dados do *Facebook* e do *WhatsApp* foram utilizadas pela CE como um dos meios de prova de que estas empresas não seriam concorrentes próximas³⁵⁹ e que “os únicos factores com base nos quais o *WhatsApp* e o *Facebook Messenger* foram considerados concorrentes próximos (...) são as funcionalidades de comunicação oferecidas e a dimensão das respectivas redes”.³⁶⁰ Na nota de imprensa, a CE reitera que o *Facebook* e o *WhatsApp* “não são concorrentes próximos e que os consumidores continuaram a ter uma ampla escolha de aplicações de comunicações alternativas depois da transacção.”³⁶¹

O *WhatsApp* e o *Facebook Messenger* eram, à data da operação, as duas principais aplicações de comunicações entre consumidores utilizadas simultaneamente pela

³⁵⁵ “Utilizamos as informações que temos sobre si, incluindo informações sobre os seus interesses, acções e conexões, para seleccionar e personalizar anúncios, ofertas e outros conteúdos patrocinados que lhe mostramos” em Facebook, «Política de Privacidade do Facebook», 2013, consultado em 13 de Julho de 2018, <https://www.facebook.com/about/privacy>.

³⁵⁶ Vide, por exemplo, Gerry Shih, «Facebook admits year-long data breach exposed 6 million users», *Reuters*, 2013, consultado em 25 de Junho de 2018, <https://www.reuters.com/article/net-us-facebook-security/facebook-admits-year-long-data-breach-exposed-6-million-users-idUSBRE95K18Y20130621>.

³⁵⁷ Ibid, para. 87.

³⁵⁸ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 174 (2014).

³⁵⁹ Ibid, para. 102-107.

³⁶⁰ Ibid, para. 103.

³⁶¹ European Commission, «Mergers: Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook», 2014, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.

maioria dos consumidores na UE.³⁶² Estas aplicações ofereciam funcionalidades semelhantes, sendo que o *Facebook Messenger* se encontrava integrado na rede social *Facebook* e muitos dos utilizadores do *Facebook* optaram por uma aplicação que lhes permitia trocar mensagens de forma segura e com uma protecção de privacidade substancialmente superior àquela oferecida pelo *Facebook Messenger*,³⁶³ o que, do ponto de vista da CE, indica “uma complementaridade na utilização das duas aplicações, em vez que uma concorrência próxima.”³⁶⁴

Ora, se a privacidade é um parâmetro de concorrência, não será a dissemelhança das políticas de privacidade e protecção de dados uma forma de manifestação dessa mesma concorrência?

Há quem defenda que as políticas de privacidade são relevantes em sede de controlo de concentrações apenas e quando “as empresas que se fundem são rivais importantes devido à sua concorrência na privacidade; uma grande parte dos consumidores considera que as partes na concentração oferecem os melhores produtos em resultado das suas definições de privacidade (...)”³⁶⁵ e que operações de concentração como a do “*Facebook/WhatsApp* – em que a preocupação era que o *Facebook* alterasse a política de privacidade do *WhatsApp* para aplicar a sua – são as menos propensas a levantar problemas de efeitos unilaterais em relação à perda da concorrência ao nível da privacidade.”³⁶⁶ Esta perspectiva implica que as empresas que, numa operação de concentração, apresentem diferenças significativas no que concerne ao seu posicionamento face à privacidade e à forma como tratam os dados pessoais dos consumidores não sejam consideradas concorrentes. Esta heurística, seguida pela CE nesta decisão, apresenta algumas fragilidades nas situações em que a protecção da privacidade é um parâmetro relevante da concorrência. Não é adequada, no caso vertente, a depreensão de que as aplicações de comunicações entre consumidores com

³⁶² Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 105 (2014).

³⁶³ O que originou uma sobreposição significativa entre a rede de utilizadores do *WhatsApp* e do *Facebook*, cfr. *Ibid*, para. 104 e 140.

³⁶⁴ *Ibid*, para. 104.

³⁶⁵ Darren S. Tucker, «The Proper Role of Privacy in Merger Review», *CPI Antitrust Chronicle* 2 (2015): 5.

³⁶⁶ *Ibid.*, 6.

políticas de privacidade substancialmente semelhantes concorram mais ferozmente que aquelas com políticas de privacidade distintas. As dissemelhanças nas opções de tratamento de dados constituem precisamente a característica concorrencial crucial e mais significativa entre estas empresas.³⁶⁷

O *Facebook* e o *WhatsApp* não eram aplicações complementares, no sentido de que o aumento da procura de uma aumentava a procura da outra. A concorrência ao nível da privacidade é mais sequencial do que simultânea,³⁶⁸ o que significa que pode ocorrer por dissemelhança porquanto a adopção de determinada tecnologia ou política de privacidade por parte de uma empresa, que seja considerada atractiva pelos consumidores, causa um efeito mimético nos concorrentes. Assim, as políticas de privacidade estão sujeitas a constantes mudanças e a heterogeneidade entre estas pode constituir o início de uma concorrência que exerça pressão concorrencial sobre os concorrentes no sentido de adoptarem uma postura semelhante,³⁶⁹ e não um sinal de uma complementaridade.

As diferentes opções de privacidade oferecidas pelas aplicações existentes no mercado indicam que os consumidores valorizam a protecção dos seus dados e que, de uma perspectiva económica, a privacidade é uma dimensão na qual aquelas concorrem: “os serviços envolvidos na concorrência [ao nível da privacidade] acreditam que podem atrair mais utilizadores oferecendo mais protecção, o que, pelo menos em algum nível, indica que os consumidores preferem mais privacidade a menos.”³⁷⁰

³⁶⁷ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 131.

³⁶⁸ Samson Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», Research Paper Series, 2017, 2, 3, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3039440.

³⁶⁹ Há, inclusive, investigação que demonstra que as empresas reagem às políticas de privacidade umas das outras. Em 2008, a *Google*, o *Yahoo* e a *Microsoft* reagiram às alterações uns dos outros ao nível das políticas de privacidade ao diminuírem os períodos de conservação dos dados recolhidos. A decisão, por parte da *Google*, de anonimizar os dados de pesquisa após determinado período é considerada uma reacção a uma decisão similar por parte da *Microsoft*, em *Ibid.*, 4.

³⁷⁰ Richard Waehrer, «Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions», 2016, 9, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701927.

Se a concorrência ao nível da privacidade pode ter lugar através do desenvolvimento ou implementação de tecnologias *privacy friendly*, i.e., uma forma de concorrência na inovação, então a circunstância de o *WhatsApp* oferecer criptografia de ponta-a-ponta funcionava como uma importante pressão concorrencial sobre o *Facebook* para que este concorresse ao nível das tecnologias de protecção da privacidade.³⁷¹ Sem a pressão concorrencial do *WhatsApp*, o *Facebook* deixou de ter incentivos para concorrer nesse domínio e pode mesmo ter neutralizado a componente inovadora do *WhatsApp* ao nível do aperfeiçoamento das condições de privacidade e tratamento de dados pessoais.³⁷²

Por conseguinte, entendemos que a CE subestimou a importante pressão concorrencial exercida pelo *WhatsApp* sobre o *Facebook* e que, portanto, deveria ter investigado o impacto da concentração nos incentivos das partes no domínio da concorrência ao nível da privacidade e protecção de dados no mercado dos serviços de aplicações de comunicações entre consumidores.

Por outro lado, a CE desvalorizou a pressão concorrencial exercida pelo *Facebook* sobre o *WhatsApp*. É que se a privacidade é um parâmetro de concorrência para uma empresa como o *WhatsApp*, então a existência de uma empresa já estabelecida no mercado, como o *Facebook*, com uma política de privacidade diferente, pode disciplinar o posicionamento daquela no que à privacidade diz respeito.³⁷³

Principalmente porque o *WhatsApp*, para aliciar os utilizadores da rede social *Facebook* a mudar de aplicação de comunicações entre consumidores, distinguiu-se e ofereceu maior segurança às comunicações e uma política *privacy friendly*.³⁷⁴ Assim, a existência de uma empresa incumbente pode servir de pressão concorrencial uma vez que qualquer alteração que reduza a protecção da privacidade e dos dados pessoais pode causar a perda da vantagem competitiva relativamente a esta.

³⁷¹ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 4.

³⁷² Costa-Cabral e Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», 21. Aliás, a alteração da política de privacidade do *WhatsApp*, permitindo a partilha de dados pessoais dos seus utilizadores com o *Facebook*, constitui uma manifestação da eliminação dessa pressão concorrencial ao nível da privacidade.

³⁷³ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 5.

³⁷⁴ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 132.

A CE apurou que entre 80% a 90% dos utilizadores do *WhatsApp* eram simultaneamente utilizadores da rede social *Facebook* e que, por isso, “já estavam ao alcance do *Facebook Messenger*”,³⁷⁵ uma aplicação que oferecia uma experiência mais rica aos utilizadores atenta a integração com os aspectos fulcrais da rede social *Facebook*,³⁷⁶ cuja utilização era gratuita, ao contrário do *WhatsApp*, que à data da operação cobrava um valor de subscrição em alguns Estados-Membros.³⁷⁷ O que significa que, *ceteris paribus*, seria expectável que o *Facebook Messenger* fosse mais atractivo para os utilizadores que o *WhatsApp*. Contudo, de acordo com os dados da CE, o *WhatsApp* contava com mais utilizadores (aproximadamente 600 milhões) que o *Facebook Messenger* (cerca de 300 milhões).

O *WhatsApp*, para atrair utilizadores e impedir que estes utilizassem a aplicação da empresa incumbente, teve de inovar e oferecer algo que o *Facebook* não oferecia, tendo elegido a segurança e privacidade.³⁷⁸ Parece, então, que o posicionamento do *WhatsApp* quanto à privacidade e protecção de dados dos seus utilizadores foi o elemento disruptivo que lhe conferiu uma vantagem competitiva sobre o *Facebook Messenger*.³⁷⁹ O *WhatsApp* apresentou-se como uma alternativa clara ao *Facebook Messenger* no que ao tratamento de dados pessoais diz respeito, oferecendo aos utilizadores uma experiência livre de anúncios e uma segurança e protecção superiores e, ao fazê-lo, demonstrou ser a empresa dissidente e inovadora (*maverick*) que

³⁷⁵ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 140 (2014).

³⁷⁶ Ibid, para 102.

³⁷⁷ Ibid, para. 42.

³⁷⁸ É que, como vimos *supra*, ao contrário do *Facebook*, o *WhatsApp* só recolhe os dados estritamente necessários para a execução do serviço de comunicações entre consumidores e não tem publicidade direccionada. Em contraste, a recolha de dados pessoais dos utilizadores por parte do *Facebook* é copiosa, este oferece publicidade direccionada e monitoriza a navegação *online* dos seus utilizadores em todos os *websites* que tenham um *plugin* do *Facebook*. Aliás, as próprias ideologias subjacentes ao *WhatsApp* e ao *Facebook* encontram-se nos antípodas uma da outra. Enquanto, como vimos *supra*, Brian Acton e Jan Koum afirmavam que a segurança e a privacidade se encontravam no seu DNA, o fundador do *Facebook*, Mark Zuckerberg anunciou que “a privacidade já não é uma norma social” e que as “pessoas ficaram confortáveis não só a partilhar mais informação e de diferentes tipos mas mais abertamente e com mais pessoas” em Bobbie Johnson, «Privacy no longer a social norm, says Facebook founder», *The Guardian*, 2010, consultado em 27 de Junho de 2018, <https://www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy>.

³⁷⁹ Tal Zarsky, «The Privacy–Innovation Conundrum», *Lewis & Clark Law Review* 19, n. 1 (2015): par. 167.

perturbou o “equilíbrio disfuncional”³⁸⁰ que beneficiava o *Facebook* e as demais aplicações de troca de mensagens que optaram por um modelo que valoriza a publicidade comportamental em detrimento da privacidade dos seus utilizadores.³⁸¹

A preocupação concorrencial do *WhatsApp*, se este decidisse alterar a sua política de privacidade, não seria apenas uma migração “dos seus utilizadores para aplicações com políticas de privacidade similares, o que poderia não acontecer por causa da dimensão das redes, mas também a perda da sua vantagem competitiva sobre o *Facebook*.”³⁸² Se assim fosse, uma possível explicação para a degradação da política de privacidade do *WhatsApp* seria a eliminação, em resultado da operação de concentração, da pressão concorrencial que o *Facebook* exercia sobre o *WhatsApp*, isto porque a entidade resultante da operação de concentração pode agora recuperar parte da perda de utilizadores devido à degradação da privacidade oferecida pelo *WhatsApp* através de um aumento na utilização do *Facebook Messenger*.³⁸³ Por conseguinte, a CE poderia ter,

³⁸⁰ Neste contexto, o conceito de equilíbrio disfuncional é definido da seguinte forma: “Se as empresas percebem que poucos consumidores alteram a procura em resposta às políticas de privacidade actuais, então os incentivos da empresa vão no sentido de adoptar políticas de privacidade descomprometidas e sem protecção (...). Seria tentador ter declarações de privacidade que não comunicassem efectivamente as opções de privacidade se fosse possível ofuscar a minoria dos consumidores enquanto se alega que a política foi divulgada. Entretanto, se os consumidores perceberem que as empresas se comportam dessa forma, não vão esperar que a leitura atenta das políticas de privacidade seja uma actividade gratificante. Estes padrões de conduta e expectativas reforçar-se-iam mutuamente, tornando-os num equilíbrio económico ou baseado na teoria dos jogos. É normalmente difícil escapar a um equilíbrio disfuncional se houver um grande número de jogadores envolvidos. Uma pequena empresa, da mesma forma, não pode simplesmente decidir sair do equilíbrio adoptando termos e políticas de privacidade mais protectoras e mais claros, porque a sua procura não mudará muito (...). A fuga de um equilíbrio disfuncional (...) requer muitas vezes a acção de grandes e poderosos agentes e/ou a acção conjunta de grupos de agentes.” Em Joseph Farrell, «Can Privacy be Just Another Good?», *Journal on Telecommunications and High Tech Law* 10 (2012): 258 - 259.

³⁸¹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 133.

³⁸² Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 6.

³⁸³ Num contributo importantíssimo para o desenvolvimento de novas ferramentas de análise jusconcorrencial, atentas as dificuldades inerentes à subjectividade das preferências de privacidade dos consumidores e do balanço entre o lado da publicidade e o lado dos utilizadores nas plataformas bilaterais, Keith Whaerer criou uma fórmula útil para avaliar os efeitos de uma concentração que não baseados no preço (inclusive a privacidade): “Depois da concentração com um concorrente, a empresa internalizaria alguns dos lucros que teriam sido perdidos devido a uma diminuição da qualidade ou da protecção de privacidade, porque alguns dos utilizadores que teriam procurado substitutos em resposta utilizariam o serviço da empresa que é parte na concentração. Isso cria um mecanismo de incentivo unilateral para diminuir a protecção da privacidade ou a qualidade. Note-se que esta é exactamente a mesma lógica dos efeitos unilaterais ao nível do preço numa concentração.” Note-se que, assim, a empresa pode, de forma lucrativa, diminuir unilateralmente a protecção da privacidade uma fase pós-concentração, em Waehrer, «Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions», 14.

ainda, investigado a possibilidade de o *Facebook* degradar as condições de privacidade do *WhatsApp* após a concentração e, em caso afirmativo, se os utilizadores com preocupações ao nível da privacidade teriam substitutos adequados.³⁸⁴

4.1.2 Custos de transição, barreiras à entrada e efeitos de rede

Outra questão importante na decisão de aprovação da operação *Facebook/WhatsApp* tem de ver com a suposição, por parte da CE, a propósito da possibilidade de um efeito *lock-in* nos utilizadores, de que estes detectariam imediatamente uma diminuição da qualidade, impedindo que a entidade resultante da operação exercesse, dessa forma, poder de mercado, uma vez que mudariam imediatamente para aplicações concorrentes.³⁸⁵ Nas concentrações motivadas por dados há um risco significativo de a entidade resultante da operação actuar de forma independente dos desejos dos consumidores, diminuindo a privacidade e utilizando os seus dados pessoais para melhor os explorarem sem que os consumidores consigam ter uma noção exacta da extensão deste “custo.”³⁸⁶

A CE considerou que não existia “uma barreira significativa à mudança para os utilizadores no mercado das aplicações de comunicações entre consumidores” e fundamentou a sua posição na circunstância de (i) os utilizadores usarem frequentemente duas ou mais aplicações para comunicar entre si (*multi-homing*) e na facilidade com que aqueles podem mudar de aplicações de comunicações entre consumidores, afastando, assim, o perigo de ficarem “presos” ao *Facebook* após a operação,³⁸⁷ (ii) no facto de as aplicações das partes na operação “não se encontrarem pré-instaladas numa grande quantidade de aparelhos” e de os consumidores

³⁸⁴ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 82.

³⁸⁵ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 186 (2014).

³⁸⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 274. A suposição de que os consumidores assumiriam de imediato uma degradação da qualidade não é tão simples como a afirmação da CE faz parecer. Não pretendendo explorar, nesta sede, se existe suporte empírico para tal afirmação, remetemos para, por exemplo, Maurice E. Stucke, «Behavioural Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century», *Loyola University Chicago Law Journal* 38 (2007): 513–91; Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi, «The Curious Case of Competition and Quality», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 10 e ss., doi: 10.1093/jaenfo/jnv023.

³⁸⁷ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/Whatsapp, para. 109–110 (2014).

normalmente terem de proceder activamente ao *download* do *Facebook Messenger* e do *WhatsApp*³⁸⁸ inviabilizando, assim um viés de *status quo*, (iii) na inexistência de controlo, por parte do *Facebook* ou do *WhatsApp*, de sistemas operativos de telemóveis ou de qualquer parte essencial da rede, não tendo o *Facebook* a capacidade para “tornar a mudança entre diferentes aplicações de comunicações entre consumidores mais onerosa para os utilizadores”³⁸⁹ e (iv) no entendimento de que a portabilidade não seria um factor importante para as aplicações de comunicações entre consumidores uma vez que “a comunicação via *apps* tende a consistir numa extensão significativa de conversas curtas e espontâneas, que não têm necessariamente valor de longo prazo para os consumidores.”³⁹⁰

A CE não considerou de que forma a operação de concentração poderia aumentar barreiras à entrada, atentos os diversos efeitos de rede “não tradicionais” potenciados pelos dados.³⁹¹ A propósito, o *Facebook* arguiu que “as barreiras à entrada e expansão dos concorrentes e os custos de transição para os utilizadores seriam muito baixos, pelo que qualquer tentativa da entidade resultante da concentração no sentido de alavancar a sua posição no mercado seria facilmente contrariada. Em particular, caso a entidade resultante da concentração introduza ou aumente preços ou pare de inovar, os utilizadores poderão facilmente mudar para serviços concorrentes que estão disponíveis gratuitamente e que proporcionam novas funcionalidades e serviços de melhor qualidade.”³⁹² A CE considerou que, uma vez que que o mercado em questão é “dinâmico e de rápido crescimento,”³⁹³ que o “desenvolvimento e lançamento de uma aplicação de comunicação entre consumidores não exige muito tempo nem um investimento significativo,”³⁹⁴ que “as tecnologias utilizadas nas aplicações (...) estão relativamente padronizadas,”³⁹⁵ que “as partes não têm controlo sobre qualquer

³⁸⁸ Ibid, para. 111.

³⁸⁹ Ibid, para. 112.

³⁹⁰ Ibid, para. 113.

³⁹¹ É que o poder de mercado é mantido em mercados com barreiras à entrada significativas e a “análise de entrada no mercado constitui um elemento importante para a apreciação geral em termos de concorrência” em Comissão Europeia, «Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C)», 68.

³⁹² Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/Whatsapp, 94 (2014).

³⁹³ Ibid, para. 118.

³⁹⁴ Ibid, para. 119.

³⁹⁵ Ibid, para. 120.

elemento que influencie a entrada,³⁹⁶ que a portabilidade não apresentava uma barreira significativa e a interoperabilidade não fazia parte da oferta dos concorrentes das partes da operação e que não era um elemento que sustentasse a entrada e a expansão de qualquer aplicação de comunicações entre consumidores,³⁹⁷ e que, por estes motivos, não existiam “barreiras “tradicionais” significativas à entrada no mercado de uma nova aplicação de comunicações entre consumidores.”³⁹⁸ Quanto à expansão, a CE considerou que estas aplicações tem facilidade ao nível da distribuição, bastando apenas o *download* das mesmas, e que proliferam através da transmissão entre o utilizador e a sua rede de contactos (boca a boca).³⁹⁹

O valor de uma aplicação de comunicação entre consumidores aumenta à medida que mais amigos e conhecidos utilizam essa mesma aplicação,⁴⁰⁰ da mesma forma que quanto mais pessoas adiram à rede social *Facebook*, mais fácil se torna a ligação e a comunicação entre estas. Assim, o *Facebook* e o *WhatsApp* gozam ambos de efeitos de rede directos, em que a utilidade do produto aumenta à medida que outros o utilizam. Estes efeitos de rede criam, por definição, mais valor para os utilizadores de determinado serviço, mas podem, ao mesmo tempo, levantar preocupações jusconcorrenciais, “em particular se permitirem que a entidade resultante da concentração exclua concorrentes e torne mais difícil para os operadores concorrentes a expansão da sua base de utilizadores,”⁴⁰¹ i.e., poder de mercado.

Três funcionários da CE efectuaram, em 2015, uma revisão desta decisão, onde demonstraram a possibilidade de as empresas dominarem estes mercados por causa dos efeitos de rede:

À medida que o número de utilizadores de um determinado serviço aumenta, novos utilizadores são atraídos para o mesmo serviço, num ciclo de feedback positivo. Quando um produto atinge um "momento crítico" no número de utilizadores, a sua rede pode

³⁹⁶ Ibid, para. 121.

³⁹⁷ Ibid, para. 122.

³⁹⁸ Ibid, para. 117.

³⁹⁹ Ibid, para. 124-125.

⁴⁰⁰ “Um serviço de comunicações entre consumidores oferece utilidade aos seus utilizadores se as pessoas com as quais estes querem comunicar também forem utilizadores desse serviço. Portanto, a relevância da base de utilizadores parece ser mais importante que a sua dimensão global.” Ibid, para. 88.

⁴⁰¹ Ibid, para. 130.

torná-lo a alternativa mais atraente para os consumidores, podendo levá-lo a dominar o mercado. É por isso que algumas empresas oferecem serviços digitais gratuitamente - para gerar uma massa crítica de utilizadores. Os concorrentes com redes de utilizadores menores podem ter dificuldades ao nível do crescimento e não conseguir proteger a sua base de utilizadores da migração para a rede maior e mais atraente. O impacto negativo dos efeitos de rede sobre a concorrência pode ser agravado pela falta de interoperabilidade com os produtos dos concorrentes (ou seja, criando uma rede 'protegida' ao vencedor) e por elevados custos de transição (monetários, contratuais, de know-how, etc.).⁴⁰²

De acordo com os dados utilizados pela CE na sua apreciação da operação, o *Facebook* e o *WhatsApp* foram os líderes nas aplicações de comunicações entre consumidores em *smartphones Android* e *Apple iOS*, no Espaço Económico Europeu (EEE), no período entre Novembro de 2013 e Maio de 2014 e nesse ano o *WhatsApp* tinha quase 600 milhões de utilizadores e o *Facebook Messenger* cerca de 300 milhões. O facto de as partes desta operação possuírem, à data, vastas bases de utilizadores constituía uma dificuldade para os seus concorrentes atraírem ou manterem os seus utilizadores.⁴⁰³ Acresce que a falta de interoperabilidade entre aplicações neste mercado acabava por levar os utilizadores a escolher a aplicação utilizada pelos seus familiares, amigos e conhecidos.

A comunidade académica e as autoridades de concorrência reconhecem que os efeitos de rede nos mercados *online* têm a potencialidade de permitir que uma empresa dominante exclua concorrentes e torne mais difícil para estes a ampliação da sua rede de utilizadores e que, nos mercados *high-tech* em particular, “os efeitos de rede podem levar a posições de mercado entrincheiradas,”⁴⁰⁴ criando, desta forma, barreiras à

⁴⁰² Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 4.

⁴⁰³ *Vide*, por exemplo, o estudo da CMA: “Recebemos vários comentários de empresas que não tiveram acesso aos consumidores para recolher os seus dados directamente e comentaram que a falta de acesso aos dados a uma escala específica ou de amplitude suficiente para igualar a de um incumbente era uma barreira. Os comentários dos entrevistados estavam relacionados com vários mercados, incluindo pesquisa *online*, publicidade e *marketing*. Um entrevistado observou que os desafios impostos pela falta de acesso aos dados foram ampliados pela natureza bilateral dos mercados e pela presença de grandes empresas incumbentes” em UK Competition and Markets Authority, «The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA’s Call for Information», 2015, 88, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

⁴⁰⁴ Comissão Europeia, «Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers», 2013, 1, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm.

entrada. Na revisão desta decisão, alguns funcionários da CE observam que “muitos serviços digitais são propensos a efeitos de rede porque se baseiam na interacção dos utilizadores (ou conjuntos de utilizadores) através de uma plataforma”⁴⁰⁵ Ora, estes mercados, atentos os efeitos de rede, podem pender a favor de um/a ou dois produtos ou plataformas⁴⁰⁶ e, em nossa opinião, esta operação apresentava potencial para fazer pender o mercado a favor do *Facebook*.

A CE, todavia, considerou que existia “um número de factores que mitigavam o papel dos efeitos de rede ao nível das barreiras à entrada e à expansão” de concorrentes, nomeadamente (i) as aplicações para comunicações entre consumidores são um sector de “rápida evolução, onde os custos de trane as barreiras à entrada/expansão são reduzidos”, estas aplicações “têm capacidade para crescer, apesar dos efeitos de rede, com o decurso do tempo e no seguimento de alterações disruptivas no mercado” e que esta ameaça constitui um efeito disciplinador na entidade resultante da concentração, independentemente da dimensão da sua rede de utilizadores,⁴⁰⁷ (ii) a utilização de uma aplicação de comunicações entre consumidores não preclui a utilização de uma aplicação congénere pelo mesmo utilizador (*multi-homing*) pelo que seria improvável que o facto de um largo número de utilizadores permanecer na rede da entidade resultante da concentração os impedisse de utilizar aplicações concorrentes,⁴⁰⁸ e (iii) porque o *Facebook* e o *WhatsApp* não controlam partes essenciais da rede ou qualquer sistema operativo móvel, não se encontrando os utilizadores “presos” a qualquer rede física, solução de *hardware* ou qualquer outra coisa que careça de ser substituída para que os utilizadores possam utilizar produtos concorrentes, nem se encontram pré-instalados numa grande quantidade de aparelhos,⁴⁰⁹ concluindo a CE que “embora existam efeitos de rede no mercado das aplicações de comunicações para consumidores, é improvável que estes protejam a entidade resultante da concentração

⁴⁰⁵ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 3.

⁴⁰⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 163.

⁴⁰⁷ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 132 (2014).

⁴⁰⁸ *Ibid*, para. 133.

⁴⁰⁹ *Ibid*, para. 134.

da concorrência com novas e já existentes aplicações de comunicações entre consumidores.”⁴¹⁰

Focando-se apenas em barreiras à entrada e nos efeitos de rede tradicionais, a CE analisou a operação de forma incompleta, uma vez que existem vários efeitos de rede potenciados pelos dados que podem levar à concentração nos mercados digitais. Assim, a CE não analisou efeitos de rede potenciados pelos dados⁴¹¹ que, além dos efeitos de rede tradicionais, compreendem efeitos de rede decorrentes da escala dos dados, que analisaremos a propósito deste mercado relevante, e os efeitos de rede decorrentes do escopo dos dados e efeitos de rede de um lado de uma plataforma multilateral que podem ter repercussões no outro lado (*spill-over* e *data-driven spill-over effects*), que assumem maior importância no âmbito do mercado da publicidade *online*, pelo que serão explorados nessa sede.

Os efeitos de rede decorrentes da escala dos dados, permitem que a empresa se torne mais atractiva que as demais para potenciais utilizadores uma vez que quanto mais membros contribuem activa ou passivamente com os seus dados, mais meios a empresa tem para, através de ferramentas de IA, melhorar a qualidade do seu produto, que se torna mais atractiva para outros utilizadores, criando um ciclo de *feedback* positivo,⁴¹² que “torna os fortes mais fortes e os fracos mais fracos, gerando resultados extremos”.⁴¹³ O *Facebook* anunciou em 2015 o lançamento de uma versão beta do “M”, o seu assistente digital,⁴¹⁴ cuja tecnologia era assente no *machine learning*. Os algoritmos inteligentes do M, através do método de aprendizagem tentativa/erro, analisam o comportamento humano e todos os dias aprendem mais com o objectivo de o mimetizar na execução de pedidos específicos dos utilizadores. A escala dos dados

⁴¹⁰ Ibid, para. 135.

⁴¹¹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 160.

⁴¹² Ibid., 170.

⁴¹³ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 29.

⁴¹⁴ Mims Christopher, «Ask M for Help: Facebook Tests New Digital Assistant: Single interface could replace web searches and apps on mobile devices», *Wall Street Journal*, 2015, consultado em 1 de Julho de 2018, <https://www.wsj.com/articles/ask-m-for-help-facebook-tests-new-digital-assistant-1447045202>. Entretanto, importa referir que em Janeiro de 2018 o *Facebook* retirou do mercado o assistente digital, em Casey Newton, «Facebook is shutting down M, its personal assistant service that combined humans and AI», *The Verge*, 2018, consultado em 1 de Julho de 2018, <https://www.theverge.com/2018/1/8/16856654/facebook-m-shutdown-bots-ai>.

assume, também neste contexto, relevante importância, uma vez que com a aquisição do *WhatsApp*, o *Facebook* aumentou significativamente a sua rede de utilizadores, o que permite que os seus algoritmos inteligentes se tornem melhores e cresçam mais rapidamente que os de qualquer outro concorrente. Assim, apesar de ter considerado os efeitos de rede tradicionais, a CE não analisou de que forma a combinação das duas aplicações de comunicações entre consumidores líderes de mercado pode aumentar as barreiras à entrada de qualquer tecnologia em que a escala dos dados seja importante. É que, como afirmam Stucke e Grunes, para concorrer com o *Facebook*, num cenário pré-concentração, um agente poderia ter-se aliado ao *WhatsApp* mas essa opção agora já não existe.⁴¹⁵

Várias entidades terceiras sugeriram ainda que, numa fase pós-concentração, seria provável, e, de uma perspectiva técnica, relativamente fácil, uma integração do *WhatsApp* com o *Facebook*, designadamente o cruzamento das plataformas de modo a que os seus utilizadores comunicassem entre si,⁴¹⁶ pelo que a CE avaliou a susceptibilidade de a operação conduzir a um reforço substancial específico dos efeitos de rede, que poderiam ser intensificados caso a operação unisse as redes separadas de utilizadores do *WhatsApp* e do *Facebook* numa rede substancialmente maior, o que pressuporia necessariamente algum tipo de integração entre os serviços das partes.

O *Facebook* alegou que a integração entre este e o *WhatsApp* apresentaria dificuldades técnicas significativas, nomeadamente por exigir a correspondência dos perfis destas plataformas, o que seria complicado sem o envolvimento dos utilizadores uma vez que o *Facebook* e o *WhatsApp* utilizam códigos de identificação de utilizador diferentes. Assim, alegadamente, o *Facebook* seria incapaz de associar de forma automática e fidedigna um *Facebook ID* com um número de telemóvel utilizado por um utilizador do *WhatsApp*, motivo pelo qual esta correspondência de perfis teria de ser efectuada pelos utilizadores, o que poderia resultar numa significativa reacção adversa por parte dos utilizadores de ambas as plataformas que não quisessem fazer coincidir as suas contas. O *Facebook* declarou, ainda, que, além destas dificuldades, teriam de ser superados

⁴¹⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 182.

⁴¹⁶ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 137 (2014).

significativos obstáculos técnicos (ao nível da engenharia) para permitir a comunicação entre as plataformas, o que reflecte a arquitectura fundamentalmente diferente do *Facebook* e do *WhatsApp* (sendo o primeiro *cloud-based* e o segundo, à data da operação, não).⁴¹⁷

Face ao exposto, a CE considerou improvável que a integração técnica entre o *WhatsApp* e o *Facebook* fosse tecnicamente tão simples conforme sugerido pelas entidades terceiras, para além de que representaria um risco comercial para a entidade que resultasse da concentração na medida em que os seus utilizadores poderiam mudar para as aplicações concorrentes de comunicações entre consumidores. Em todo o caso, mesmo que a integração tivesse lugar após a concentração, o seu efeito seria mitigado pela sobreposição significativa entre as redes de utilizadores do *WhatsApp* e do *Facebook*,⁴¹⁸ pelo que o benefício líquido, em termos de novos utilizadores, seria limitado, o que significa que os efeitos de rede pré-existentes provavelmente não seriam substancialmente reforçados pela concentração. Assim, considerou que a operação não suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno no que diz respeito ao mercado das aplicações de comunicações entre consumidores.

A CE entendeu que “o *multi-homing* entre aplicações de comunicações entre consumidores assegurava que a entidade resultante da concentração não se tornaria um operador exclusivo para os seus utilizadores” e que os “concorrentes seriam capazes de angariar utilizadores mesmo que estes não abandonem a rede da entidade resultante da concentração.”⁴¹⁹

Ora, de acordo com o gráfico *infra*, em Abril de 2018 a posição conjunta das aplicações *WhatsApp* e *Facebook Messenger* era superior à soma das demais aplicações

⁴¹⁷ Ibid, para. 138.

⁴¹⁸ Com base nos dados utilizados pela CE nesta decisão (que, curiosamente, têm como fonte uma *app*, *Onavo Data*, detida por uma das partes da operação, o *Facebook*) “no período entre Dezembro de 2013 e Abril de 2014, entre [20-30]% e [50-60]% dos utilizadores do *WhatsApp* já utilizavam o *Facebook Messenger* e entre [70-80]% e [80-90]% dos utilizadores do *WhatsApp* já eram membros do *Facebook* e, portanto, já estavam ao alcance do *Facebook Messenger*. Por outro lado, no mesmo período, 60% a 70% dos utilizadores activos do *Facebook Messenger* já usavam o *WhatsApp*.” Ibid, para. 140.

⁴¹⁹ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 5.

concorrentes, o que significa que, em resultado da concentração, uma entidade que já era grande ficou ainda maior sem que a CE tivesse apreciado devidamente a forma como os efeitos de rede se transformam, efectivamente e sem prejuízo de factores eventualmente mitigadores, em poder de mercado.

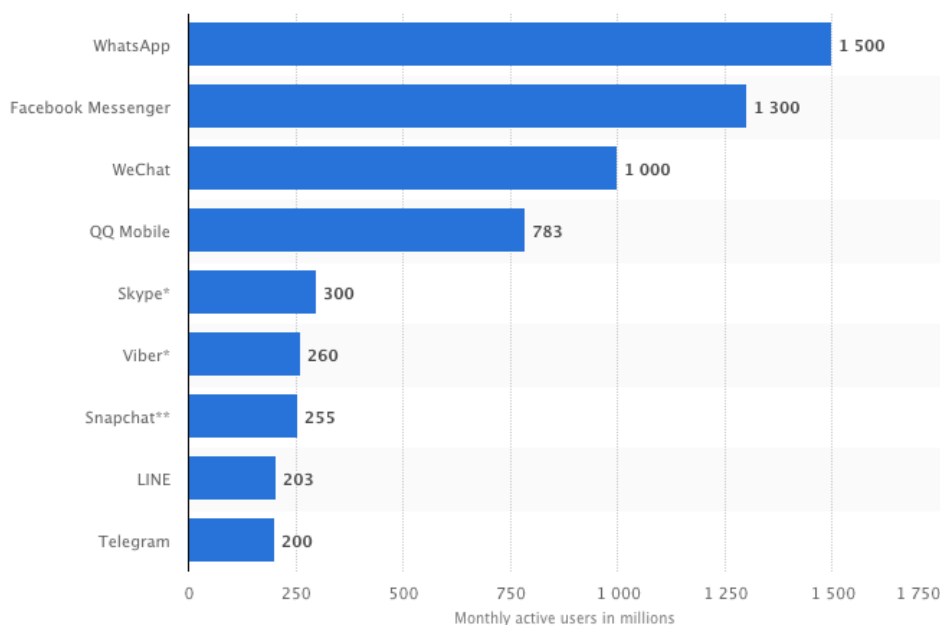


Gráfico 1. Aplicações para telemóveis mais populares com base no número de membros activos por mês.

Fonte: Statista, “Most popular mobile messaging apps as of April 2018, based on number of monthly active users (in millions)”, 1 de Julho de 2018, <https://www.statista.com/statistics/258749/most-popular-global-mobile-messenger-apps/>.

A CE não analisou “a forma como a concorrência pode ser reduzida quando a tirania da maioria dita as escolhas de privacidade da minoria.”⁴²⁰ O facto, assinalado pela CE na sua decisão, de os utilizadores usarem diversas aplicações de comunicações entre consumidores, dependendo das suas necessidades específicas,⁴²¹ não significa necessariamente que cada uma dessas aplicações individualmente considerada exerça uma pressão concorrencial sobre as demais. Nas palavras de Stucke e Grunes, “os seus filhos podem partilhar uma foto via *Snapchat* com os seus amigos, integrar um *chat* de grupo com outros amigos no *Messenger* e enviar mensagens aos pais utilizando o *iMessage*” e a escolha destes serviços não reflectir uma opção pessoal, “mas o grau de

⁴²⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 168.

⁴²¹ Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 87 (2014).

poder de mercado, suportado pelos efeitos de rede, que cada uma dessas aplicações tem dentro de determinado grupo social”.⁴²²

Contrariamente às declarações prestadas pelo *Facebook* aquando da operação de concentração, o *WhatsApp*, em 2016, anunciou uma decisão controversa: a alteração da sua política de privacidade,⁴²³ que passou a prever a partilha de dados dos seus utilizadores com o *Facebook* com o objectivo de melhorar as sugestões de amigos e a publicidade direccionada. Mais recentemente, o CEO e co-fundador do *WhatsApp*, Jan Koum, anunciou a saída do *Facebook*, alegadamente devido à existência de posições conflitantes entre este e a empresa quanto à estratégia de privacidade do *WhatsApp*, e à tentativa de enfraquecimento da criptografia ponta-a-ponta e a utilização indevida de dados pessoais dos utilizadores desta aplicação.⁴²⁴ Estas circunstâncias, ao contrário do que previu a CE, não ditaram uma saída significativa de utilizadores. Considerando que o *WhatsApp*, antes da concentração, se diferenciou por via das suas políticas de privacidade robustas e contava com uma rede de utilizadores que superava a do *Facebook Messenger*, nativa do *Facebook*, é seguro assumir que os utilizadores valorizam a privacidade. No entanto, apesar da alteração da política de privacidade do *WhatsApp* e da respectiva controvérsia a esse respeito, os utilizadores não migraram em bloco para outra aplicação, o que significa que o *multi-homing* é significativo apenas se o exercício do poder de mercado por parte de uma aplicação fizer com que muitos utilizadores, em muitos mercados geográficos, mudem para outras aplicações concorrentes. Neste contexto, uma aplicação específica pode, devido aos efeitos de rede directos, exercer poder de mercado, apesar do *multi-homing* dos utilizadores.⁴²⁵

⁴²² Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 168.

⁴²³ Natasha Lomas, «WhatsApp’s privacy U-turn on sharing data with Facebook draws more heat in Europe», *Tech Crunch*, 2016, consultado em 1 de Julho de 2018, <https://techcrunch.com/2016/09/30/WhatsApps-privacy-u-turn-on-sharing-data-with-facebook-draws-more-heat-in-europe/>; James Vincent, «WhatsApp to start sharing user data with Facebook», *The Verge*, 2016, consultado em 1 de Julho de 2018, <https://www.theverge.com/2016/8/25/12638698/WhatsApp-to-start-sharing-user-data-with-facebook>.

⁴²⁴ David Ingram, «WhatsApp co-founder to quit in loss of privacy advocate at Facebook», *Reuters*, 2018, consultado em 1 de Julho de 2018, <https://www.reuters.com/article/us-facebook-WhatsApp/WhatsApp-co-founder-to-quit-in-loss-of-privacy-advocate-at-facebook-idUSKBN1I12A9>.

⁴²⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 169.

Os efeitos de rede proporcionados pelo *Big Data* podem melhorar a qualidade do produto ou serviço disponibilizado no mercado mas também podem permitir que as empresas exerçam poder de mercado no domínio da concorrência ao nível da qualidade, reduzindo a protecção de dados pessoais, o que significa que não são, *per se*, bons ou maus, mas que devem ser considerados como parte integrante da análise jusconcorrencial.

Conforme vimos *supra*, o *WhatsApp* exercia uma pressão concorrencial importante sobre o *Facebook* que agora desapareceu. O *Facebook*, ciente de que os utilizadores continuarão a usar o *WhatsApp* e o *Messenger*, tem agora menos incentivos para proteger a privacidade dos consumidores e melhorar a qualidade dos seus serviços nessa dimensão. Os utilizadores não têm capacidade para fazer migrar todos os seus familiares, amigos e conhecidos para outra aplicação menos popular,⁴²⁶ apesar do desagrado que muitos revelam quanto à política de privacidade do *Facebook*, e, assim, este vai continuando a recolher e utilizar dados dos seus utilizadores aos quais não teria acesso (especialmente por parte dos utilizadores que mais valorizam a privacidade) na ausência destes efeitos de rede directos.⁴²⁷ Jan Whittington e Chris Hoofnagle entendem que os utilizadores, ao facultarem dados pessoais, estão a efectuar um investimento específico na empresa à qual fornecem as suas informações e que existe um incentivo para que as empresas adoptem comportamentos oportunistas, por exemplo, através da alteração das políticas de privacidade, sem que os utilizadores consigam abandonar estas “transacções” ou sequer recuperar o seu investimento ou

⁴²⁶ Jan Whittington e Chris Jay Hoofnagle, «Unpacking Privacy’s Price», *North Carolina Law Review* 90, n. 5 (2012): 1354.

⁴²⁷ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 169.

transfери-lo para outra empresa,⁴²⁸ concluindo que estas características criam uma versão *online* do *lock-in* do consumidor.⁴²⁹

Fica, então, por explicar de que forma será fácil uma aplicação *privacy friendly* aumentar a sua rede de utilizadores de modo a desafiar as aplicações de comunicações entre consumidores que são líderes de mercado, uma vez que esta concentração criou um véu protector sobre o *Facebook Messenger* e o *WhatsApp*, aumentando as barreiras à entrada a aplicações alternativas mais focadas na privacidade.

4.2 Mercado de serviços de redes sociais

O *Facebook* gere a maior rede social do mundo e, à data da operação, contava com cerca de 250 milhões de utilizadores do EEE (1.3 mil milhões a nível mundial). Os serviços de redes sociais permitem que os seus utilizadores se liguem, compartilhem, comuniquem e se expressem num ambiente digital.⁴³⁰

No âmbito da investigação ao mercado, várias entidades terceiras sugeriram que (i) o *WhatsApp*, caso não se concretizasse a operação de concentração, se tornaria um prestador de serviços de redes sociais, concorrendo com o *Facebook* ou que (ii) o *WhatsApp* já era um prestador de serviços de redes sociais em concorrência com o *Facebook*.⁴³¹ A CE não encontrou quaisquer indicações de que o *WhatsApp* tivesse planos para se tornar uma rede social que concorresse com o *Facebook* caso a operação

⁴²⁸ Notamos que, com a previsão do direito à portabilidade dos dados no artigo 20.º do RGPD, esta situação poderá estar acautelada. Trata-se de uma norma com um *rationale* intimamente ligado ao direito da concorrência que apresenta a potencialidade de reduzir as barreiras à entrada e o efeito de *lock-in* dos utilizadores de serviços. A aplicação deste dispositivo à realidade não é, contudo, automática e obedece a uma série de pressupostos, pelo que entendemos que o entusiasmo face à previsão deste direito deverá ser moderado, uma vez que a redacção deste artigo limita um entendimento mais alargado do exercício deste direito. Para uma análise mais aprofundada, *vide*, por exemplo Aysem Diker Vanberg e Mehmet Bilal Ünver, «The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?», *European Journal of Law and Technology* 8, n. 1 (2017); Orla Lynskey, «Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability», *European Law Journal* 42, n. 6 (2017); Inge Graef, Jeroen Verschakelen, e Peggy Valcke, «Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective», *Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, 2013, 53–63.

⁴²⁹ Whittington e Hoofnagle, «Unpacking Privacy's Price», 1353–55.

⁴³⁰ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 143 (2014).

⁴³¹ *Ibid*, para. 144.

não se concretizasse⁴³² e, considerando que as fronteiras dos serviços de redes sociais estão em constante mutação, examinou os efeitos prováveis da transacção sob uma definição mais ampla de um mercado potencial de serviços de redes sociais, assumindo que o *WhatsApp* e o *Facebook* eram concorrentes reais naquele mercado.⁴³³ Segundo a apreciação da CE, se as aplicações de comunicações entre consumidores integrassem o mercado potencial de serviços de redes sociais, o número de operadores alternativos expandir-se-ia, incluindo agentes como o *WhatsApp*, *LINE*, *WeChat*, *iMessage*, *Skype*, *Snapchat*, *Viber*, *Hangouts* e, ainda, o *Youtube*.

A CE concluiu, ainda, que, atenta a experiência substancialmente mais rica oferecida aos utilizadores pelo *Facebook* (com um *feed* de notícias personalizado e uma cronologia que permite que os utilizadores organizem e mostrem as suas actividades e eventos mais importantes), este e o *WhatsApp*, que oferece uma ferramenta simples e leve para a troca de mensagens em tempo real, não eram concorrentes próximos nesse mercado potencial.⁴³⁴

Face às preocupações de entidades terceiras relativamente a uma eventual integração entre as partes num momento pós-concentração, nomeadamente a integração do *WhatsApp* na rede social *Facebook*, que poderia reforçar a posição do *Facebook* no mercado potencial de serviços de redes sociais por via da inclusão de novos utilizadores e/ou de funcionalidades na rede social *Facebook*, a CE considerou (i) a existência de dificuldades técnicas significativas que permitissem a integração das plataformas,⁴³⁵ (ii) a necessidade de uma significativa reformulação dos serviços e repetição dos respectivos códigos, em caso de cruzamento de plataformas, além (iii) dos planos actuais do Facebook, as suas declarações públicas e os seus documentos internos, que não forneciam suporte para uma futura integração do *WhatsApp* com o *Facebook* no sentido de reforçar a posição deste último no mercado potencial de serviços de redes sociais, tendo concluído que mesmo que tal integração tivesse lugar, o ganho líquido em

⁴³² Ibid, para. 145.

⁴³³ Ibid, para. 146.

⁴³⁴ Ibid, para. 158.

⁴³⁵ Ibid, para 160.

termos de novos utilizadores da rede social seria limitado, já que a rede de utilizadores do *WhatsApp* já se sobrepõe significativamente à do *Facebook*, sendo improvável que a concorrência seja afectada negativamente pela concentração de tais serviços.⁴³⁶

4.3 Mercado de serviços de publicidade *online*

Apesar de o *WhatsApp* não ser activo no mercado da publicidade *online*, a CE apreciou a transacção no sentido de apurar se esta poderia reforçar a posição do *Facebook* nesse mercado e, assim, restringir a concorrência.

A operação *Facebook/WhatsApp* poderia, potencialmente, causar danos a vários grupos: anunciantes (com preços mais elevados); consumidores de aplicações de comunicações (com menor qualidade, inovação e protecção da sua privacidade e dados pessoais); e, por fim, concorrentes, que se vêem impedidos de atingir escala.⁴³⁷

O *Facebook* oferecia as suas redes sociais e aplicações de comunicações gratuitamente porque procedia à recolha de “dados dos utilizadores das suas plataformas de redes sociais e analisa-os para veicular anúncios, por conta de anunciantes, que são direccionados para cada utilizador específico das suas plataformas de redes sociais,”⁴³⁸ mas o *WhatsApp*, como vimos, não recolhia dados valiosos para efeitos de publicidade, pelo que a CE entendeu que a concentração não aumentaria “a quantidade de dados potencialmente ao dispor do *Facebook* para fins publicitários.”⁴³⁹

Uma vez que este cenário poderia ser diferente após a aprovação da concentração, a CE contemplou duas teorias de impacto anticoncorrencial em que o *Facebook* poderia reforçar a sua posição no mercado da publicidade *online*, considerando (i) o *WhatsApp* enquanto potencial prestador de serviços de publicidade *online* e/ou (ii) utilizando o *WhatsApp* enquanto potencial fonte de dados de utilizadores com o objectivo de aperfeiçoar a segmentação da publicidade do *Facebook*.

⁴³⁶ Comissão Europeia, «Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook», 2.

⁴³⁷ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 76.

⁴³⁸ Comissão Europeia, «Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook», 2.

⁴³⁹ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 131 (2014).

Na primeira teoria de impacto anticoncorrencial, a CE demonstrou que a sua principal preocupação se situava no lado dos anunciantes, não dos consumidores.⁴⁴⁰ Ora vejamos: de acordo com esta teoria, num cenário pós-transacção, o *Facebook* poderia “introduzir publicidade direccionada no *WhatsApp*, através da análise de dados recolhidos de utilizadores do *WhatsApp* (e/ou de utilizadores do *Facebook* que sejam também utilizadores do *WhatsApp*),” o que poderia culminar no reforço da posição do *Facebook* no mercado da publicidade *online*.⁴⁴¹ O *Facebook* declarou não ter quaisquer planos para introduzir publicidade no *WhatsApp*, enquanto este se encontrava a explorar novas formas de monetização da sua actividade a médio-prazo e nenhuma delas envolvia a introdução de anúncios na plataforma.⁴⁴² A CE concluiu que, mesmo que o *Facebook* introduzisse publicidade no *WhatsApp*, ao arrepio da própria *raison d'être* desta aplicação⁴⁴³ e das expectativas dos seus utilizadores relativamente à protecção dos seus dados pessoais, continuaria “a existir um número suficiente de outros concorrentes reais e potenciais que se encontram tão bem posicionados como o *Facebook* para oferecer publicidade direccionada.”⁴⁴⁴

Segundo a CE, a introdução de anúncios no *WhatsApp* poderia levar à migração de utilizadores para aplicações concorrentes sem anúncios⁴⁴⁵ e ao abandono da criptografia ponta-a-ponta, o que geraria uma insatisfação entre os utilizadores que valorizam a privacidade,⁴⁴⁶ consequentemente diminuindo os incentivos do *Facebook* nesse sentido. A propósito, a CE mencionou que após o anúncio da aquisição do

⁴⁴⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 77.

⁴⁴¹ *Ibid*, para. 168.

⁴⁴² *Ibid*, para. 170.

⁴⁴³ É elucidativa da sua posição quanto à publicidade a escolha do lema, retirado do guião de *Fight Club*, de David Fincher, e aí verbalizado pela personagem de Tyler Durden, dos fundadores do *WhatsApp* num *post* partilhado no seu *blog*: “*Advertising has us chasing cars and clothes, working jobs we hate so we can buy shit we don’t need*”. É importante reiterar que os fundadores do *WhatsApp* criaram a aplicação com o claro objectivo de construir uma alternativa aos modelos de negócio ancorados na publicidade: “These days companies know literally everything about you, your friends, your interests, and they use it all to sell ads. When we sat down to start our own thing together three years ago we wanted to make something that wasn't just another ad clearinghouse” em Jan Koum, «Why we don’t sell ads», *WhatsApp Blog*, 2012, consultado em 5 de Julho de 2018, <https://blog.WhatsApp.com/245/Why-we-dont-sell-ads>.

⁴⁴⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 179 (2014).

⁴⁴⁵ *Ibid*, para. 174.

⁴⁴⁶ *Ibid*.

WhatsApp pelo *Facebook*, um número elevado de utilizadores alemães mudou para aplicações alternativas, como a *Threema* ou o *Telegram*.⁴⁴⁷

A CE focou a sua análise em serviços de mensagens com políticas de privacidade semelhantes mas menosprezou as suas dimensões. O facto de aplicações como a *Threema* ou o *Telegram* oferecerem níveis superiores de privacidade e protecção de dados pessoais não significa, *per se*, que tenham capacidade para exercer uma pressão concorrencial sobre o *WhatsApp*, no sentido de restringir a sua actuação ao nível da sua política de privacidade. Conforme vimos *supra*, a decisão de adesão a uma aplicação depende, em larga medida, dos amigos, familiares e conhecidos que a utilizam e não apenas da sua política de privacidade. Aqui, o tamanho importa. A capacidade destas aplicações para disciplinar o comportamento do *WhatsApp* depende não apenas da sua política de privacidade mas da sua dimensão. Aliás, a CE reconheceu que “o tamanho da base de utilizadores e o número de amigos/parentes de um utilizador na mesma aplicação é de crucial importância e valor,”⁴⁴⁸ frisando que o *Facebook Messenger* e o *WhatsApp*, à data da operação, eram líderes (com cerca de 300 e 600 milhões de utilizadores a nível mundial, respectivamente) nos serviços de aplicações de comunicações entre consumidores.⁴⁴⁹ Ora, no momento da fusão, a *Threema* contava com 400.000 utilizadores e encontrava-se disponível principalmente na Alemanha e o *Telegram* tinha aproximadamente 50 milhões de utilizadores mensais activos.⁴⁵⁰ Se a CE pretendesse avaliar a substituíbilidade destes serviços caso o *WhatsApp* alterasse a sua política de privacidade, deveria ter considerado a dimensão das respectivas redes de utilizadores.⁴⁵¹

Mas mesmo assumindo que estes serviços são substitutos, independentemente da sua dimensão, a avaliação da CE continua a ser limitada uma vez que a transição por parte de alguns utilizadores alemães do *WhatsApp* para as aplicações *Threema* e *Telegram*

⁴⁴⁷ Ibid.

⁴⁴⁸ Ibid, para. 129.

⁴⁴⁹ Ibid, para. 128.

⁴⁵⁰ Mike Butcher, «Telegram Claims 50M Monthly Active Users, Seems To Be Attracting Teams», *Tech Crunch*, 2014, consultado em 6 de julho de 2018, <https://techcrunch.com/2014/12/08/telegram-claims-50m-monthly-active-users-seems-to-be-attracting-teams/>.

⁴⁵¹ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 7.

não é prova suficiente de que estes serviços oferecem alternativas para os utilizadores mais sensíveis a alterações de privacidade. Ao avaliar a substituíbilidade de dois produtos em que exista um preço, o teste SSNIP não implica apenas saber se um aumento no preço leva a que os consumidores mudem para um produto substituto mas também se essa mudança faz com que o aumento de preço não seja lucrativo. Apesar de a ausência de preço tornar a reprodução deste teste difícil, a falta de um critério comparativo poderia levar a um mercado excessivamente amplo. A apreciação seria ainda mais complicada porque, mesmo que a mudança na política de privacidade com vista à introdução de anúncios direccionados implique o abandono dos utilizadores do *WhatsApp*, isso não implica necessariamente perda de receita ou de lucro, isto porque a receita gerada no lado da publicidade pode ser superior e compensar de alguma forma a perda de utilizadores resultante da alteração à política de privacidade.⁴⁵² A CE considerou a alteração da política de privacidade como algo inerentemente não lucrativo para o *WhatsApp*, sem ponderar os possíveis lucros do lado da publicidade, ou seja, só apreciou um lado de um mercado que é multilateral, o que se poderá atribuir à ausência de um limite mínimo relevante para perceber o momento em que a perda de consumidores de um serviço prestado a preço zero se torna não lucrativa e, portanto, restringe o comportamento da empresa.⁴⁵³ Para avaliar se a concentração pode reduzir substancialmente a concorrência não relacionada com o preço, a autoridade de concorrência precisa de objectivos uniformes de referência ao nível da qualidade e formas de medir reduções de qualidade pequenas, mas significativas e não transitórias (SSNDQ).

A aplicação do teste SSNDQ apresenta, ainda, alguns desafios,⁴⁵⁴ mas talvez a abordagem adoptada pelo Supremo Tribunal chinês no caso *Qihoo 360 v. Tencent*⁴⁵⁵ possa fornecer alguma orientação no futuro.

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ Ibid.

⁴⁵⁴ Tendo sido considerado impraticável, atentas as dificuldades inerentes de medir a qualidade juntamente com os problemas existentes na aplicação do próprio teste SSNIP em situações reais de mercado, OECD, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 9.

⁴⁵⁵ David S. Evans e Vanessa Yanhua Zhang, «Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court», *Competition Policy International*, 2015, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/qihoo-360-v-tencent-first-antitrust-decision-by-the-supreme-court/>.

A *Qihoo 360* e a *Tencent* oferecem produtos gratuitos aos consumidores com vista a aumentar as respectivas bases de dados e as suas fontes de receita consistem na publicidade *online* bem como na venda de serviços adicionais aos consumidores. A disputa surgiu quando a *Qihoo* introduziu um *software* anti-vírus que permitia aos utilizadores controlar a quantidade de anúncios que o serviço de mensagens instantâneas (IM) da *Tencent* exibia. A *Tencent* reagiu ao tornar o seu *software* de mensagens incompatível com o *software* da *Qihoo*, obrigando os utilizadores a escolher entre o *software* de IM da *Tencent* ou o *software* anti-vírus da *Qihoo* nos seus computadores. O Tribunal analisou a possibilidade de um serviço não integrado de IM poder ser considerado um substituto de um serviço integrado de IM. Para tal, estabeleceu uma “regra da maioria e da importância”,⁴⁵⁶ que dita que ao definir o mercado relevante através da substituíbilidade da procura, a análise precisa de considerar se há “utilizadores adequados que considerariam um bem específico como uma alternativa (...) com base na procura da maioria dos utilizadores e na perspectiva das características-chave dos bens.”⁴⁵⁷ Mais concretamente, o Tribunal sublinhou que ao avaliar a substituíbilidade dos produtos oferecidos a preço zero, há que perguntar se uma maioria dos utilizadores considera determinado produto enquanto um substituto próximo do produto alvo. O Tribunal recorreu a dados estatísticos para decidir sobre a substituíbilidade dos serviços integrados e não integrados de mensagens instantâneas.⁴⁵⁸ Nesta importante decisão, o Tribunal não só considerou o papel das plataformas multilaterais na análise jusconcorrencial, como reconheceu que a aplicação do tradicional teste SSNIP aos serviços de IM na *internet*, que apresenta um modelo de negócio gratuito, é limitada. Assim, na apreciação da substituíbilidade da oferta e da procura, o Tribunal baseou-se nas características do produto.⁴⁵⁹

A CE, na operação de concentração entre o *Facebook* e o *WhatsApp*, poderia ter apreciado se, atenta a dimensão da rede de utilizadores e as políticas de privacidade, a

⁴⁵⁶ Huang Wei e Han Guizhen, «Relevant Market Definition and Market Dominance Identification», *Competition Policy International* 11, n. 1 (2015): 4, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Relevant-Market-Definition.pdf>.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, 5.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ Evans e Zhang, «*Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court*».

maioria de um número considerável de utilizadores considerava a *Threema* e o *Telegram* enquanto substitutos próximos do *WhatsApp*.⁴⁶⁰

Na segunda teoria apresentada pela CE, esta considerou as implicações da economia de dados na concorrência, indagando o *Facebook* acerca da utilização de dados dos utilizadores do *WhatsApp* com o objectivo de melhorar a segmentação da publicidade apresentada na rede social *Facebook* aos utilizadores de ambas as plataformas.⁴⁶¹ Alguns inquiridos no âmbito da investigação de mercado mostraram preocupações nesta sede, considerando, atento o aumento de dados sob o controlo do *Facebook*, ser expectável que a operação “reforçasse materialmente a posição do *Facebook* na oferta de serviços de publicidade *online*”.⁴⁶² Outros discordaram, prevendo o êxodo dos utilizadores com preferências menos intrusivas ao nível da privacidade, o que levou a CE a considerar esta circunstância como uma redução de qualquer incentivo por parte do *Facebook* para recolher dados das mensagens do *WhatsApp*.⁴⁶³ A propósito, o *Facebook* anunciou publicamente que não tinha “planos actuais para modificar a recolha e utilização dos dados dos utilizadores do *WhatsApp*.”⁴⁶⁴

A CE considerou que “mesmo que a entidade resultante da operação começasse a recolher dados de utilizadores do *WhatsApp*, a transacção só levantaria preocupações concorrenciais se a concentração de dados sob o controlo do *Facebook* lhe permitisse reforçar a sua posição no mercado da publicidade,”⁴⁶⁵ não tendo, contudo, previsto se o *Facebook* recolheria ou não os dados dos utilizadores do *WhatsApp*.⁴⁶⁶

Do lado da publicidade, a CE concluiu que “há actualmente um número significativo de participantes no mercado que recolhem dados de utilizadores juntamente com o *Facebook*,” enumerando “a *Google* (...), *Apple*, *Amazon*, *Ebay*, *Microsoft*, *AOL*, *Yahoo!*,

⁴⁶⁰ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 7.

⁴⁶¹ *Ibid*, para. 180.

⁴⁶² *Ibid*, para. 184.

⁴⁶³ *Ibid*, para. 186.

⁴⁶⁴ *Ibid*, para. 182.

⁴⁶⁵ *Ibid*, para. 187.

⁴⁶⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, par. 78.

*Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe e Yelp (...)*⁴⁶⁷ e que “independentemente da utilização dos dados do *WhatsApp* pela entidade resultante da concentração para melhorar a qualidade da segmentação da publicidade na rede social *Facebook*, continuará a existir uma grande quantidade de dados de utilizadores da Internet que são valiosos para efeitos de publicidade e que não estão sob o exclusivo controlo do *Facebook*.”⁴⁶⁸

Se os dados de utilizadores da Internet se encontrassem tão ampla e livremente disponíveis no mercado como sugerido pela CE, os operadores de plataformas *online* não investiriam quantias consideráveis no desenvolvimento de serviços gratuitos para os seus utilizadores com o objectivo de recolher informações relevantes, designadamente para efeitos de publicidade.⁴⁶⁹ Já quanto à recolha, conservação e análise dos dados, os custos envolvidos na aquisição ou criação de ferramentas necessárias para essas actividades são tipicamente fixos enquanto os custos marginais de aumento da produção são baixos, o que dá origem a economias de escala, criando barreiras à entrada de novos concorrentes.⁴⁷⁰

A CE apresentou um gráfico⁴⁷¹ com percentagens de quotas de mercado relativas à recolha de dados na Internet, onde o *Facebook* apresenta uma percentagem estimada de 6,39%. No entanto, uma vez que os dados não são fungíveis, não é claro que os dados recolhidos pelos outros agentes (*Adobe, Microsoft, etc.*) apresentem o mesmo valor para fins publicitários para o *Facebook* como os dados recolhidos pelo *WhatsApp*.⁴⁷² Ademais, “determinar o valor de mercado e a concentração de mercado através do valor económico dos dados pessoais também não será muito útil na maioria dos casos, uma vez que os dados não têm valor intrínseco e o seu valor depende do contexto em que são utilizados,” e a “avaliação monetária do mesmo conjunto de dados pode divergir

⁴⁶⁷ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 188 (2014).

⁴⁶⁸ *Ibid*, para. 189. A CE utilizou um raciocínio semelhante em operações de concentração no passado, designadamente em Comissão Europeia, Caso Comp/M.4731 - Google/DoubleClick (2008); Comissão Europeia, Caso Comp/M.7023 - Publicis/Omnicom (2014).

⁴⁶⁹ Stucke e Grunes, «No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data», 7.

⁴⁷⁰ Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 483.

⁴⁷¹ Com base em dados de uma empresa de *market intelligence* para fins não relacionados com a apreciação da concentração *Facebook/WhatsApp* e aí utilizados para efeitos meramente ilustrativos.

⁴⁷² Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 79.

significativamente entre os participantes do mercado,”⁴⁷³ pelo que nos parece incorrecto por parte da CE estimar de forma simplista as quotas de mercado das empresas num mercado global de dados.

Ora, se é pacífico que outras empresas controlam dados valiosos, já parece discutível que, por exemplo, os dados de pesquisa, que são tão valiosos para a *Google*, apresentem o mesmo valor para o *Facebook*. As outras empresas não terão necessariamente acesso ao mesmo tipo de dados que o *Facebook* controlará num cenário pós-concentração, que lhes conferem uma vantagem competitiva e poder de mercado.⁴⁷⁴ Note-se que, como referimos *supra* a propósito dos 4 Vs do *Big Data*, a velocidade é fundamental, isto é, mesmo que outras empresas adquiram esse mesmo tipo de dados, poderão não ter capacidade para aceder, analisar e extrair valor dos dados tão rapidamente como o *Facebook*, que tem a capacidade de monitorizar em tempo real as comunicações dos seus utilizadores e usar essa informação, cruzada com a variedade de dados obtidos nas suas redes sociais, para lhes dirigir publicidade segmentada. Os concorrentes, mesmo com acesso a dados valiosos de utilizadores no geral, estarão em desvantagem sem os dados de troca de mensagens, tão cobiçados pelos anunciantes.⁴⁷⁵

A CE entendeu, ainda, que a combinação das bases de dados das duas entidades não forneceria uma “vantagem única e não replicável,”⁴⁷⁶ na medida em que os concorrentes poderiam obter grandes quantidades de dados e serviços de análise de dados no mercado existente para o efeito, remetendo os dados pessoais à categoria de bem público.⁴⁷⁷ Não negamos que exista actualmente um grande volume e variedade de dados pessoais de utilizadores da Internet que são valiosos para efeitos de publicidade e que nem todos estes dados estão sob o controlo exclusivo do *Facebook*, mas tal não significa, como vimos, que estes dados estejam livremente disponíveis para

⁴⁷³ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 59.

⁴⁷⁴ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 80.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 6.

⁴⁷⁷ “Bens públicos são bens que podem ser usufruídos por qualquer indivíduo e que nenhum indivíduo pode ser excluído do seu consumo” em Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus, *Economia*, 18ª (Lisboa: McGraw-Hill, 2005), 37.

outros concorrentes e potenciais entrantes no mercado. Se o *Facebook*, como reconhece a CE, não vende os dados dos seus utilizadores nem fornece serviços de análise de dados quer a anunciantes quer a terceiros,⁴⁷⁸ então o que deveria ter sido analisado seria não apenas a quantidade de dados que a entidade resultante da concentração tem em relação ao universo exterior mas a quantidade de dados que esta entidade tem relativamente aos dados imediatamente disponíveis noutra sítio, porque se apenas algumas empresas controlarem o tipo de dados necessários para concorrer de forma eficaz nesse mercado, não facultando acesso aos concorrentes, então a concentração poderá afectar a concorrência.⁴⁷⁹

Quanto ao lado do consumidor, a CE revelou uma visão redutora acerca da possibilidade de o *Facebook*, ao recolher e utilizar dados de utilizadores do *WhatsApp*, controlar uma quantidade colossal de dados, uma vez que apreciou apenas a potencial concentração de dados entre estas empresas na estrita medida em que fosse passível de reforçar a posição do *Facebook* no mercado da publicidade *online* e respectivos segmentos, remetendo para as regras de protecção de dados quaisquer preocupações ao nível da privacidade que pudessem surgir desta concentração por entender que estas não são abrangidas pelo âmbito das regras de concorrência.⁴⁸⁰ Esta posição da CE é tributária do entendimento do TJUE no caso *Asnef-Equifax*⁴⁸¹ e prejudica, em nosso entender, uma análise global de todas as questões de natureza jusconcorrencial que resultavam desta operação, designadamente a possibilidade de os consumidores serem prejudicados pela recolha e utilização de dados dos utilizadores do *WhatsApp* pelo *Facebook*. A CE claudicou ao afastar peremptoriamente do âmbito da análise jusconcorrencial quaisquer preocupações relacionadas com a privacidade que pudessem surgir da concentração de dados sob o controlo do *Facebook*, uma vez que a diminuição da protecção da privacidade pode, efectivamente, constituir uma violação às regras de

⁴⁷⁸ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 70 (2014).

⁴⁷⁹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 80.

⁴⁸⁰ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 164 (2014).

⁴⁸¹ "(...) as eventuais questões relativas ao aspecto sensível dos dados de carácter pessoal, que não são abrangidas, enquanto tais, pelo direito da concorrência, podem ser resolvidas com base nas disposições pertinentes em matéria de protecção de tais dados." Terceira Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-238/05, *Asnef-Equifax*, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, e Administración del Estado / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), para. 63 (2006).

concorrência. Tendo considerado a privacidade enquanto parâmetro da concorrência não baseado no preço, a CE deveria ter acautelado a possibilidade da sua degradação/diminuição numa fase pós-concentração, uma vez que nestes mercados “em que os produtos são oferecidos gratuitamente e monetizados através da publicidade direccionada, os dados pessoais dos utilizadores podem ser vistos como o preço pago pela prestação do serviço ou enquanto uma dimensão da qualidade. Pelo que se um *website*, após a concentração, exigir mais dados pessoais dos utilizadores ou fornecer esses dados a terceiros enquanto condição para a prestação do seu produto ‘gratuito’, pode ser percebido como aumentando o seu preço ou diminuindo a qualidade do seu produto”.⁴⁸² Quando um produto ou serviço é gratuito, a primeira dimensão da concorrência a analisar é a qualidade⁴⁸³ e um mercado competitivo apresenta mais probabilidade de estimular o investimento na qualidade. No entanto, quando uma empresa obtém a sua receita de um lado do mercado, a sua concepção de qualidade pode ser distorcida e pode ter um incentivo para degradar a qualidade no lado gratuito do mercado abaixo dos níveis que os consumidores prefeririam, se, ao fazê-lo, aumenta a sua rentabilidade ou poder de mercado, entre os participantes do lado pago do mercado. É que os anunciantes beneficiam de uma publicidade melhor direccionada uma vez que assim se aumenta a probabilidade de o produto anunciado ser realmente adquirido pelos utilizadores aos quais a publicidade é dirigida.⁴⁸⁴ A CE considerou a questão da concentração dos dados apenas num dos lados de uma plataforma multilateral (o potencial impacto no mercado da publicidade *online*), sendo que aquela pode afectar, como vimos, todos os lados.⁴⁸⁵

Os benefícios relacionados com a disponibilidade de dados para a prestação de serviços (no lado do utilizador e também no lado da publicidade) estão sujeitos a rendimentos decrescentes à escala, o que significa que o valor da informação adicional diminui à medida que a quantidade dos dados aumenta. Assim, a força dos benefícios em ambos os lados da plataforma depende do nível a partir do qual os rendimentos dos dados

⁴⁸² Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 6.

⁴⁸³ Europeia, Caso Comp/M.6281 - Microsoft/Skype, para. 81 (2011).

⁴⁸⁴ Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 473.

⁴⁸⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 81.

“extra” começa a diminuir. Se o benefício de ter informação adicional começa a decrescer apenas a um nível muito elevado de dados, então a existência de um grande volume de dados pode dar origem a uma vantagem competitiva às plataformas incumbentes e consistir numa barreira à entrada para potenciais concorrentes.

Ademais, como vimos *supra*, as plataformas digitais são caracterizadas por efeitos de rede potenciados pelos dados, designadamente efeitos decorrentes do escopo dos dados e efeitos *spill-over* de um lado para o outro lado da plataforma multilateral (efeitos de rede indirectos).

No caso dos efeitos de rede decorrentes do escopo dos dados, o ciclo de *feedback* positivo (criado pelo efeito de rede decorrente da escala dos dados) é acelerado porque a empresa recolhe uma enorme variedade de dados na sua plataforma para aumentar a qualidade do seu produto ou serviço, o que atrai mais utilizadores que fornecem mais dados para aperfeiçoar, por exemplo, a publicidade direccionada. Voltando ao exemplo do assistente digital “M”, a qualidade dos seus resultados dependia, em larga medida, da recolha de uma grande variedade de dados pessoais dos seus utilizadores. Aqui há uma dimensão diferente, uma vez que não é só o método tentativa/erro ao nível da aprendizagem de experiências anteriores, mas sim a tentativa/erro na previsão dos gostos e preferências individuais dos seus utilizadores através da análise da variedade de dados que a empresa recolhe na sua plataforma e na *Internet* (através dos *cookies*). Ao personalizar resultados, o assistente pessoal poderia dirigir anúncios patrocinados específicos aos utilizadores nos quais eles provavelmente clicariam (gerando, assim, mais receita para o operador da plataforma).⁴⁸⁶

Com o efeito *spill-over*, o aumento do número de utilizadores de um lado de uma plataforma multilateral pode atrair mais anunciantes do outro lado da plataforma, que, por sua vez, atrai, não só mais utilizadores como mais anunciantes.⁴⁸⁷ Além dos efeitos *spill-over* tradicionais em plataformas multilaterais, existem efeitos *spill-over* potenciados pelos dados: “A *Internet* e os dispositivos ligados permitiram mostrar

⁴⁸⁶ *Ibid.*, 187; Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 485.

⁴⁸⁷ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 189.

anúncios aos consumidores e recolher dados sobre os utilizadores da Internet para adaptar os anúncios exibidos aos seus hábitos de visualização. Consequentemente, o valor dos anúncios *online* é capaz de ser superior, porque há maior probabilidade destes serem de interesse para os utilizadores em questão e, portanto, mais capazes de os levar a adquirir o produto com sucesso”⁴⁸⁸ – assim, nas plataformas *online*, o operador pode personalizar a publicidade oferecida a cada utilizador com base no perfil do mesmo. Assim, os dados pessoais amplificam o efeito *spill-over* tradicional. Como observa a OCDE, “a reutilização de dados gera enormes rendimentos de escala e escopo, o que leva a ciclos de *feedback* positivo a favor de um lado do mercado, o que, por sua vez, reforça o sucesso no(s) outro(s) lado(s) do mercado.”⁴⁸⁹

O *Facebook* apresenta, assim, efeitos de rede tradicionais no lado gratuito e o crescimento no número de membros activos no lado gratuito pode ter um efeito de *spill-over* atraindo mais anunciantes que pretendam ter acesso a estes utilizadores.⁴⁹⁰

Vejamos, então, como os dados amplificam os efeitos de rede no caso do *Facebook*: O *Facebook* não cria conteúdos originais, isto é, depende do trabalho gratuito dos seus utilizadores que partilham informação para atrair e fazer com que outros membros passem mais tempo na plataforma. Quando verifica um abrandamento da partilha dos dados dos utilizadores, uma situação que constitui um verdadeiro anátema do seu modelo de negócios, o *Facebook* incentiva-os a fazê-lo.⁴⁹¹ Além de fornecerem dados que atraem outros membros para passar mais tempo no *Facebook*, os utilizadores também oferecem os seus dados para que os anunciantes lhes apresentem publicidade comportamental: “Tudo o que fazes no *Facebook* pode ser usado pelos anunciantes.”⁴⁹²

⁴⁸⁸ UK Competition and Markets Authority, «The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA’s Call for Information», 51.

⁴⁸⁹ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 29.

⁴⁹⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 193.

⁴⁹¹ Abby Ohlheiser, «Facebook is trying to get its users to share more about their personal lives», *The Washington Post*, 2016, consultado em 8 de Julho de 2018, https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/04/08/facebook-is-trying-to-get-its-users-to-share-more-about-their-personal-lives/?utm_term=.0e3c06e1f198.

⁴⁹² Vinu Goel, «Flipping the Switches on Facebook’s Privacy Controls», *The New York Times*, 2014, consultado em 8 de Julho de 2018, <https://www.nytimes.com/2014/01/30/technology/personaltech/on-facebook-deciding-who-knows-youre-a-dog.html>.

O *Facebook* escrutina todos os *likes*, todas as partilhas, todas as informações, mesmo as que estão ocultadas do perfil público.⁴⁹³ Assim, o volume, a velocidade, a variedade e o valor dos dados acelera à medida que a rede social cresce. Ao clicar *like* numa publicação, empresa, artista, o utilizador do *Facebook* transforma-se num verdadeiro patrocinador, tornando-se parte de um esforço publicitário para induzir outros utilizadores a comprar.⁴⁹⁴ O volume e a variedade globais dos dados pessoais pode ajudar os anunciantes a identificar tendências e influenciadores⁴⁹⁵ e o *Facebook* sabe disso e anuncia aos seus investidores que “a dimensão da sua rede de utilizadores bem como o seu nível de envolvimento na plataforma são cruciais para o nosso sucesso. O nosso desempenho financeiro foi e continuará a ser significativamente determinado pelo nosso sucesso em adicionar, reter e envolver utilizadores activos.”⁴⁹⁶

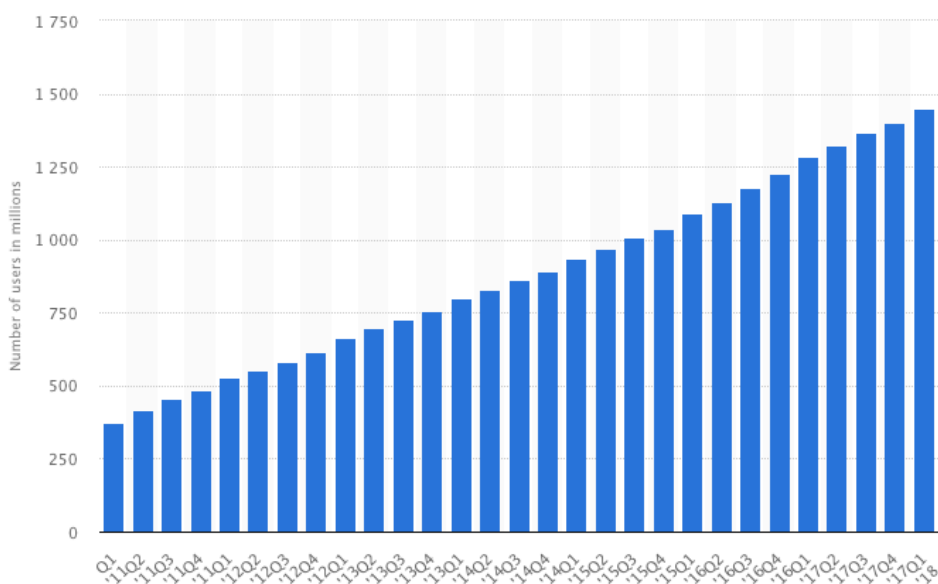


Gráfico 2. Número de utilizadores diários do Facebook, no mundo, até ao primeiro trimestre de 2018.

Fonte: Statista, "Number of daily active Facebook users worldwide as of 1st quarter 2018 (in millions)", 1 de Julho de 2018, <https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/>.

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ Ibid.

⁴⁹⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 194.

⁴⁹⁶ Facebook, «Facebook Annual Report», 2014, disponível em http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/f/NASDAQ_FB_2014.pdf.

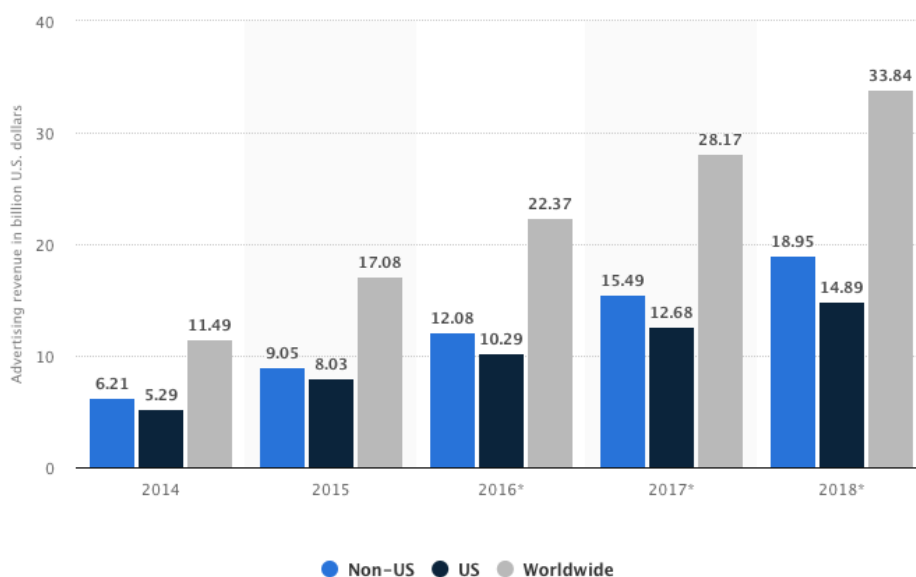


Gráfico 3. Receitas de publicidade do *Facebook* (fora dos EUA, nos EUA e a nível mundial) até 2018.

Fonte: Statista, "Facebook's U.S. and non-U.S. advertising revenue from 2014 to 2018 (in billion U.S. dollars)", 1 de Julho de 2018, <https://www.statista.com/statistics/544001/facebooks-advertising-revenue-worldwide-usa/>.

Portanto, com o *Facebook* a incentivar os utilizadores a partilhar dados para atrair outros utilizadores e com cerca de 1,45 mil milhões de utilizadores diários no primeiro trimestre de 2018 (cf. gráfico 2), as receitas ao nível da publicidade aumentaram, à escala mundial, de 11,49 mil milhões de dólares em 2014 para 28,17 mil milhões de euros em 2017 (cf. gráfico 3).

O *Facebook* beneficia de efeitos de rede no lado da procura e no lado da oferta, na recolha de um maior volume e variedade de dados que pode analisar rapidamente para fins publicitários. Os "serviços e plataformas orientados por dados, tais como *websites* de redes sociais, são caracterizados por grandes efeitos de rede (economias de escala do lado da procura) onde a utilidade dos serviços aumenta proporcionalmente ao número de utilizadores, o que, por sua vez, reforça os crescentes rendimentos de escala e escopo no lado da oferta."⁴⁹⁷ Assim, os efeitos de rede potenciados pelos dados ajudam o *Facebook* a manter o poder de mercado que detém do lado gratuito e do lado pago da plataforma multilateral que opera.

⁴⁹⁷ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 29.

O *Facebook* e o *Google* constituem actualmente um duopólio⁴⁹⁸ no mercado da publicidade *online*⁴⁹⁹ e, enquanto o governo dos EUA é refém da ascensão e do comportamento das gigantes tecnológicas, há quem acredite que só a UE tem capacidade para desmantelar a posição dominante destas empresas.⁵⁰⁰

4.4 Considerações e perspectivas

*To take good decisions, you need the right information.*⁵⁰¹

A CE adoptou, em 2017 e pela primeira vez desde que se encontra em vigor o RCUE, uma decisão de aplicação de coima no montante de 110 milhões de euros ao *Facebook* pela prestação de informações inexactas ou deturpadas no âmbito da operação de aquisição do *WhatsApp*.⁵⁰² Dois anos volvidos desde a decisão que aprovou a concentração, o *Facebook* anunciou uma actualização aos seus termos e condições e política de privacidade, onde incluiu a possibilidade de cruzar os números de telemóvel dos utilizadores do *WhatsApp* com os perfis do *Facebook* (*user matching*), contrariamente ao que havia declarado no âmbito dos procedimentos de apreciação da operação de concentração.⁵⁰³ Depois de endereçar ao *Facebook* uma notificação da comunicação de objecções, em que solicitou esclarecimentos das partes, designadamente quanto à consistência desta decisão face às declarações prestadas

⁴⁹⁸ Vide Lina M. Khan, «Amazon's Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal* 126, n. 3 (2017) para um importante contributo sobre a forma como a concorrência nas plataformas *online* escasseia, atenta a desadequação da análise jusconcorrencial, com sectores em que apenas subsistem gigantes. A autora é uma voz sonante do movimento denominado *hipster antitrust*.

⁴⁹⁹ Matthew Garrahan, «Google and Facebook dominance forecast to rise: Tech duopoly to account for 84% of online advertising spend this year, forecasts report», *Financial Times*, 2017, consultado em 13 de Julho de 2018, <https://www.ft.com/content/cf362186-d840-11e7-a039-c64b1c09b482>; Jasper Jackson, «Google and Facebook to take 71% of UK online ad revenue by 2020: Dominance of companies puts pressure on newspapers, which have found it difficult to make money from online audiences», *The Guardian*, 2016, consultado em 13 de Julho de 2018, <https://www.theguardian.com/media/2016/dec/15/google-facebook-uk-online-ad-revenue>.

⁵⁰⁰ George Soros, «Only the EU can break Facebook and Google's dominance», *The Guardian*, 2018, consultado em 14 de Julho de 2018, <https://www.theguardian.com/business/2018/feb/15/eu-facebook-google-dominance-george-soros>.

⁵⁰¹ Vestager, «Refining the EU Merger Control System».

⁵⁰² Comissão Europeia, Caso Comp/M.8228 - Facebook/WhatsApp (2017).

⁵⁰³ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 138 (2014).

anteriormente,⁵⁰⁴ a CE concluiu que o *Facebook* tinha perfeita noção da importância das informações prestadas no âmbito da operação de concentração e que, “pelo menos negligentemente, prestou informações inexatas ou deturpadas”⁵⁰⁵ nesta sede. Esta decisão de aplicação de coima, por violação do artigo 14.º do RCUE, não teve, contudo, qualquer impacto na decisão que autorizou a concentração das partes, uma vez que esta se baseou num “número de elementos além do cruzamento automático de dados”⁵⁰⁶ e a CE levou a cabo uma apreciação hipotética em que assumiu o cruzamento de dados como uma possibilidade, pelo que considerou que, “apesar de importante, a informação inexata e deturpada prestada pelo *Facebook* não teve um impacto no resultado da decisão de autorização da concentração.”⁵⁰⁷

Ora, por tudo quanto ficou dito *supra* não podemos concordar. A informação importa. É um oxímoro a afirmação de que uma decisão, tomada, em parte, com base em informação prestada pelas partes, não seria influenciada por aquela. Aliás, como procurámos demonstrar, a falta de informação e de compreensão do funcionamento de plataformas *online* com modelos de negócio baseados na monetização de *Big Data* parece estar na base da decisão da CE relativamente a esta concentração. Sem qualquer pretensão de desvalorizar uma decisão que consideramos relevante, na medida em que envia uma importante mensagem ao mercado, entendemos que não é bastante para uma empresa com o historial recalcitrante do *Facebook*. Consideramos que, perante a factualidade apurada, a CE deveria ter revogado a decisão que adoptou em 2014, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 6.º do RCUE. Ao fazê-lo, poderia adoptar a todo o tempo, sem sujeição aos prazos previstos no n.º 3 do artigo 10.º, uma nova decisão, ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 7 do artigo 8.º do RCUE.

As operações de concentração entre plataformas *online* que envolvem *Big Data* desafiam a adequação das ferramentas *standard* utilizadas pelas autoridades de concorrência em sede de apreciação de concentrações.⁵⁰⁸ Como vimos, a abordagem

⁵⁰⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.8228 - Facebook/WhatsApp, para. 30–31 (2017).

⁵⁰⁵ *Ibid*, para. 92.

⁵⁰⁶ Comissão Europeia, «Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover», 2017.

⁵⁰⁷ *Ibid*.

⁵⁰⁸ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 127.

tradicional centrada no preço revela-se completamente ineficaz no caso de plataformas multilaterais em que o serviço oferecido num dos lados é gratuito, pelo que é premente o desenvolvimento de instrumentos de análise de parâmetros da concorrência não baseados no preço, designadamente ao nível da qualidade, escolha e inovação.⁵⁰⁹ É que, apesar de a CE ter reconhecido no caso *Facebook/WhatsApp* que a privacidade era um parâmetro da concorrência não baseado no preço, não procedeu a qualquer tipo de apreciação a este respeito, tendo sido a sua influência na decisão irrelevante.

Não defendemos, porém, a máxima de *Voltaire*, que dita que “se quereis boas leis, queimai as que existem e fazei novas.”⁵¹⁰ Acreditamos que, à excepção dos limiares de aferição da dimensão europeia de uma concentração, a legislação de concorrência fornece um enquadramento legal com latitude e flexibilidade suficientes para analisar as concentrações no seio da economia digital.⁵¹¹ Não há quaisquer óbices à consideração de parâmetros não baseados no preço na legislação que rege o controlo e a apreciação das concentrações na UE. Aliás, é missão da CE obstar a operações que aumentem significativamente o poder de mercado das empresas e este é entendido enquanto “a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuïrem a inovação ou influenciarem de outra forma os parâmetros da concorrência”, sendo que a expressão aumento de preços é utilizada como uma “formula resumida dos diversos tipos de prejuízo para a concorrência susceptíveis de resultarem de uma concentração.”(sublinhado nosso)⁵¹² Há, por conseguinte, que

⁵⁰⁹ David A. Crane, em «Four Questions for the Neo-Brandesians», *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018): 65, defende, a este propósito, que não se deve “deitar fora o bebé com a água do banho”.

⁵¹⁰ João Ricardo Catarino, *O Liberalismo em Questão - Justiça, Valores e Distribuição Social* (Lisboa: ISCSP/UTL, 2009), 68;

⁵¹¹ (...) *we don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers. What we do need is to pay close attention to these markets and to take action when it's necessary. Competition rules can't solve every problem on their own. But they can make an important contribution to keeping digital markets level and open so that consumers get innovative products at the right prices. And so that digital entrepreneurs, however big or small, have a fair shot at success* - Vestager, «Competition in a Big Data World»; Com uma abordagem moderada mas mais optimista: *Competition authorities can adapt further too. Competition laws are designed to adapt – but this doesn't necessarily mean entirely new rules are required. The evolutionary process starts with deepening our understanding of how markets work.* - em Philip Marsden, «Who Should Trust-Bust? Hippocrates, Not Hipsters», *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018): 38.

⁵¹² Cf. n.º 8 das Orientações sobre Concentrações Horizontais.

“interpretar as leis para que sejam flexíveis o suficiente para traduzir as mudanças tecnológicas em *standards* no futuro, e para que sejam razoavelmente rígidas para serem efectivamente aplicadas no presente.”⁵¹³ O que nos parece imprescindível é a apreensão das características morfológicas dos mercados em causa e a compreensão dos modelos de negócio das empresas envolvidas nas operações com vista à adequação dos instrumentos e métodos de análise jusconcorrencial.⁵¹⁴

Quanto aos limiares para a definição de concentração de dimensão europeia, reiteramos a sugestão efectuada *supra*, no sentido da introdução de um limiar adicional relativo ao valor da operação (similar ao *size-of-transaction test*), à semelhança do que sucedeu na Alemanha e na Áustria, uma vez que o volume de negócios se demonstrou uma métrica desadequada para a economia digital, na medida que não reflete o efectivo valor de algumas empresas, que são os dados, enquanto activos.

No processo de adequação metodológica, talvez seja útil o recurso a uma retrospectiva das decisões de concentrações motivadas por dados.⁵¹⁵ Uma análise *ex-post* pode ajudar a CE a perceber se determinada operação resultou na manutenção ou obtenção de poder de mercado para a empresa e pode auxiliar no reconhecimento de que o que é quantificável não é necessariamente o que é importante.⁵¹⁶ É que, como vimos, a economia digital favorece a concentração e a criação ou reforço de posições dominantes no mercado. Os dados são um importante *input* para as empresas e uma das primeiras estratégias para a aquisição de dados são operações de concentração. As plataformas *online* com modelos de negócio orientados por dados levam a resultados *winner takes it all* e os efeitos de rede e as economias de escala conferem poder de mercado e uma vantagem competitiva duradoura. Para cumprimento dos desígnios a que está adstrita, é importante que a CE conheça as características idiossincráticas de cada mercado, uma vez que a liberdade de acesso ao mesmo “não é concebida de forma atomística e sim

⁵¹³ Buttarelli, «Keynote Speech», 3.

⁵¹⁴ A OCDE publicou recentemente um documento com sugestões de abordagem jusconcorrencial no domínio das plataformas multilaterais em que defende a adequação dos instrumentos de concorrência às especificidades deste modelo económico. *Vide* OECD, «Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms», 2018, disponível em www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.

⁵¹⁵ Cf. sugerido por Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 313.

⁵¹⁶ Stucke e Ezrachi, «The Curious Case of Competition and Quality», 40.

de um modo adequado às características do mercado.”⁵¹⁷ Quer o risco da concentração excessiva de dados quer os custos impostos ao consumidor em sede de protecção de dados merecem a máxima atenção por parte da CE, que terá, necessariamente, de ter em consideração outras importantes dimensões da política de concorrência além da eficiência económica. A CE deve, também por isto, reconhecer a importância concorrencial dos dados pessoais e as implicações deste inigualável sistema de recolha e monetização de dados adoptado pelas empresas.⁵¹⁸ A análise concorrencial de uma plataforma multilateral terá necessariamente de considerar os outros serviços prestados pela empresa que, de facto, subsidiam a oferta de serviços gratuitos. Como vimos, quer o modelo tradicional de definição de mercado (através do teste SSNIP) quer a apreciação de poder de mercado (aumento de preços de forma lucrativa) não fazem sentido económico ou comercial no caso do lado gratuito de uma plataforma multilateral. Uma apreciação concorrencial adequada deverá analisar a plataforma como um todo, tendo em consideração essas interdependências, o que requer o tratamento global da plataforma (em vez de autonomizar um grupo de participantes) ou, pelo menos, a ponderação cuidada das interdependências entre os grupos. É que será efectiva a concorrência “que se traduza na ausência de poder de mercado, assim assegurando os benefícios esperados em termos de eficiência, estímulo ao incremento da produtividade e de aumento do bem-estar. É essencial apreender, desde já, que a efetividade da concorrência no controlo do poder de mercado é simultaneamente o fundamento do Direito da Concorrência.”⁵¹⁹ Os efeitos anti-concorrenciais que identificámos ao longo deste trabalho não são negligenciáveis e podem ser significativos e duradouros. Não vislumbramos, por isso, motivo para tolerar estas falhas de mercado apenas porque ocorrem no seio da “nova economia digital.”⁵²⁰

Por outro lado, apesar de constituírem corpos normativos autónomos, existem situações pontuais em que a protecção de dados e o direito da concorrência se intersectam e podem cooperar na resolução de problemas relacionados com a

⁵¹⁷ Silva, *Direito da Concorrência*, 130.

⁵¹⁸ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 335.

⁵¹⁹ Silva, *Direito da Concorrência*, 150.

⁵²⁰ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 32.

economia digital. A concorrência ao nível da privacidade é um aspecto da jusconcorrencial em que o comportamento anti-concorrencial que prejudica a concorrência pode ser aferido pelo decréscimo na qualidade de bens ou serviços. Os dados pessoais são frequentemente processados em troca de determinado bem ou serviço que é gratuito ou que não reflecte o valor dos dados e, como tal, uma autoridade de concorrência encontrar-se-á desprovida de ferramentas normativas para analisar a forma como a protecção de dados reflecte os parâmetros não baseados no preço.⁵²¹ Um aumento de preços por uma entidade resultante de uma concentração é o equivalente à deterioração das condições não baseadas no preço e, também neste caso, o direito da concorrência não tem ainda ferramentas normativas que lhe permitam apreciar esta degradação relativa às condições de protecção de dados.⁵²² Assim, o direito de protecção de dados pode servir como uma “bengala normativa” para a apreciação da concorrência ao nível do tratamento de dados em todas as suas dimensões, não apenas a qualidade mas também a inovação e a escolha.⁵²³ Neste sentido, a criação da *Digital Clearing House*⁵²⁴ é uma medida notável na medida em que se encarregará de identificar sinergias e promover a cooperação entre as autoridades competentes – *Consumer choice is where we are all going - so let's go together*.⁵²⁵

Não se trata, aqui, da instrumentalização do direito da concorrência, mas sim do cumprimento de uma obrigação positiva, por parte da CE, por exemplo, ao cooperar com a AEPD e ao assegurar a coerência e a eficácia da legislação de protecção de dados. Ora, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, foi introduzida uma disposição relativa à protecção de dados que é parte integrante das “disposições de aplicação geral” (paralelamente a outras políticas como a protecção do ambiente e do consumidor) e que impõe uma obrigação positiva às instituições da UE no sentido de assegurar a coerência entre políticas. As instituições da UE também têm a obrigação de

⁵²¹ Costa-Cabral e Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», 15.

⁵²² Ibid., 21.

⁵²³ Ibid., 16.

⁵²⁴ Proposta pela EDPS, em «Opinion on Coherent Enforcement of Fundamental Rights in the Age of Big Data», *Opinion 8/2016*, 2016. No seguimento da constatação da urgência de uma aplicação coerente dos direitos digitais em todos os domínios do direito que regulam os mercados digitais.

⁵²⁵ Neil Averitt, Robert Lande, e Paul Nihoul, «“Consumer choice” is where we are all going - so let's go together.», *Concurrences*, n. 2 (2011): 1–3.

respeitar os direitos estabelecidos na CDFUE, que como vimos inclui os direitos à protecção de dados e à privacidade, e promover a sua aplicação. Deverá, então, ter a CE em consideração a acumulação de *Big Data* que uma concentração pode implicar, mesmo que esta concentração não impeça, à luz dos parâmetros tradicionais, de forma significativa, a concorrência efectiva? “A escala é um factor significativo ao avaliar os danos causados pelo tratamento de dados pessoais, pois os dados pessoais valem mais do que a soma das suas partes. Isto é algo a que o Tribunal de Justiça aludiu no acórdão *Google Spain* mas que o direito da concorrência considera difícil de avaliar.”⁵²⁶

À luz de tudo quanto foi dito, afigura-se de difícil compreensão a decisão da CE no sentido de autorizar a concentração do *Facebook* com o *WhatsApp*. De acordo com a teoria económica neoclássica (Escola de Chicago) as empresas realizam operações de concentração com vista à realização de ganhos de eficiência.⁵²⁷ Neste caso, o *Facebook* pagou 19 mil milhões de dólares para adquirir uma empresa que em 2013 apresentou um volume de negócios diminuto (de cerca de 10 milhões de dólares) e sofreu prejuízos avultados (na ordem dos 139 milhões de euros). Apesar de o valor da operação não consistir um parâmetro para a determinação dos efeitos prováveis de uma concentração sobre a concorrência,⁵²⁸ não podemos deixar de questionar porque pagou o *Facebook* tanto por uma empresa que perdia tanto dinheiro. Parece-nos inviável que tenha sido pela expectativa de realização de ganhos de eficiência,⁵²⁹ pelo que esta concentração motivada por dados só poderia proporcionar, de outra forma, uma vantagem competitiva sustentável ao *Facebook*. Aliás, como vimos, foi o que aconteceu. Contudo, a CE previu que tal não sucederia. É que, por exemplo, se o mercado da publicidade *online*, apesar da concentração, tivesse, como a CE entendeu, “poucas barreiras à entrada, pouca probabilidade de poder de mercado decorrente dos efeitos de rede e uma pequena, se alguma, vantagem ao nível dos dados, uma pessoa fica perplexa com

⁵²⁶ Christopher Kuner et al., «Editorial: When two worlds collide: the interface between competition law and data protection», *International Data Privacy Law* 4, n. 4 (2014): 248.

⁵²⁷ Silva, *Direito da Concorrência*, 1162.

⁵²⁸ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 5.

⁵²⁹ Importa realçar que não foram alegados ganhos de eficiência, até porque estes têm de ser específicos da operação e o Facebook comprometeu-se a gerir o WhatsApp de forma separada. Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 82.

o facto de o *Facebook* ter gasto tanto com o que parece tão pouco.”⁵³⁰ A CE nem questionou a possibilidade de a concentração consistir num mecanismo defensivo destinado a privar os concorrentes remanescentes no mercado da escala necessária para concorrer efectivamente, não avaliou devidamente a capacidade de a entidade resultante da operação impedir a expansão dos seus concorrentes para esse feito, ou a operação resultar na eliminação de uma força concorrencial importante, ao nível da inovação. Com a concentração, como vimos, o *Facebook* aumentou e protegeu a sua posição dominante. A nossa perplexidade pode resumir-se numa questão: “Apesar do otimismo da Comissão, é difícil afastar uma dúvida: caso o valor da base instalada do *WhatsApp* e dos respectivos dados fosse assim tão pouco relevante, seria difícil perceber porque é que a Facebook gastou cerca de 19 mil milhões de euros na compra de uma empresa que nunca deu lucros?”⁵³¹

Por fim, há elevados custos sociais e políticos ao permitir que tão poucas empresas controlem tantos dados pessoais. Como vimos, para empresas como a *Google* e o *Facebook*, cujos modelos de negócio são ancorados em *Big Data*, uma maior protecção dos dados pessoais, que são um direito fundamental que as instituições europeias devem considerar nas suas decisões, representa uma ameaça. Estes oligopólios de dados têm muito a perder se os titulares dos dados pessoais efectivamente tiverem mais controlo sobre os mesmos e continuarão ferozmente a alimentar um *lobby* para prevenir que tal aconteça.⁵³² Além das preocupações, com raízes históricas no dealbar do direito da concorrência, relacionadas com a concentração do poder económico⁵³³ que pode constituir numa ameaça ao próprio sistema democrático na medida da sua

⁵³⁰ *Ibid.*, 83.

⁵³¹ Silva, *Direito da Concorrência*, 1270.

⁵³² Para uma análise mais detalhada do *lobby* das *gigantes tecnológicas* e da ameaça da protecção de dados pessoais, *vide* Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 50 e ss.

⁵³³ “Apesar das suas preocupações históricas com a concentração do poder económico, a análise jusconcorrencial ao longo dos últimos trinta anos sobrevalorizou a importância das dinâmicas concorrenciais mais fáceis de apreender (eficiências produtivas e efeitos de curto prazo ao nível dos preços) e marginalizou ou ignorou o que era mais difícil de apreciar (eficiências dinâmicas, o risco sistémico e as implicações políticas, sociais e morais da concentração do poder económico”, em Stucke, «Should Competition Law Promote Happiness?», 2637; Este tema é também explorado por Lina M. Khan, em «Amazon’s Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal* 126, n. 3 (2017).

conversão em poder político,⁵³⁴ importa perceber então, se a privacidade cair fora do âmbito da análise jusconcorrencial, quem terá autoridade para apreciar as concentrações que violem significativamente o direito fundamental à protecção de dados de tantos consumidores?⁵³⁵

⁵³⁴ Silva, *Direito da Concorrência*, 125. É que estas empresas agregam informação politicamente sensível relativamente aos seus utilizadores e intermedeiam a sua experiência ao nível dos conteúdos, pelo que também se tornam poderosos actores políticos. Veja-se o recente caso da *Cambridge Analytica* que, através de uma aplicação, recolheu indevidamente dados de cerca de 87 milhões de utilizadores do *Facebook*, cuja utilização permitiu a definição de “perfis-tipo” de eleitores que seriam “atingidos” com mensagens políticas específicas com o objectivo de eleger o actual presidente dos EUA, *Donald Trump*.

⁵³⁵ Considerando que, naturalmente, a Autoridade Europeia de Protecção de Dados não recebe notificações de concentrações e não tem competência para as apreciar, em Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 275.

Conclusão

O *Big Data* assume um papel fulcral no seio da economia digital. O modelo de negócio das plataformas multilaterais *online* depende da aquisição e tratamento de dados pessoais em larga escala (*Big Data*) e a concorrência nestes mercados envolve cada vez mais características relacionadas com a exploração comercial de dados pessoais, o que significa que a mesma estratégia empresarial (uma operação de concentração) pode criar, simultaneamente, preocupações ao nível da protecção de dados pessoais e do direito da concorrência.

Na concentração *Facebook/WhatsApp* a CE reconheceu a privacidade enquanto parâmetro da concorrência não baseado no preço sem que, no entanto, tivesse levado a cabo qualquer apreciação a esse respeito, o que demonstra não apenas a inexistência de métodos de análise de parâmetros como a qualidade, mas também a predominância do preço enquanto parâmetro jusconcorrencial. Nesta decisão, a CE considerou que, no mercado de serviços de comunicações entre consumidores *online* o *Facebook* e o *WhatsApp* eram aplicações complementares, ignorando que a concorrência ao nível da privacidade é mais sequencial do que simultânea, o que significa que pode ocorrer por dissemelhança porquanto a adopção de determinada tecnologia ou política de privacidade por parte de uma empresa, que seja considerada atraente pelos consumidores, causa um efeito mimético nos concorrentes. A CE subestimou, assim, a pressão concorrencial exercida pelo *WhatsApp* sobre o *Facebook* e vice-versa, não tendo analisado a diminuição da concorrência na circunstância em que a maioria dita as escolhas de privacidade da maioria. Nesta decisão não foi, ainda, analisada a forma como esta concentração poderia aumentar as barreiras à entrada em resultado dos efeitos de rede potenciados pelos dados. Os efeitos de rede ajudaram o *Facebook* a manter o poder de mercado que detinha do lado gratuito e do lado pago da plataforma multilateral que opera, não sendo despiciendo recordar que actualmente o *Facebook* e a *Google* constituem um oligopólio no mercado da publicidade *online*. A CE apreciou os efeitos sobre a concorrência apenas no lado pago de uma plataforma multilateral, olvidando a circunstância de que muitos operadores de negócios multilaterais concorrem, no lado gratuito do mercado, em muitos parâmetros não relacionados com

o preço, tais como a qualidade do serviço e, cada vez mais, na quantidade de dados recolhidos relativamente aos utilizadores. Efectuou, assim, uma análise incompleta tendo demonstrado uma visão redutora, e talvez ingénua, acerca da possibilidade de o *Facebook*, por via da recolha e utilização de dados pessoais de utilizadores do *WhatsApp*, controlar uma quantidade colossal de dados pessoais, remetendo para as regras de protecção de dados quaisquer preocupações ao nível da privacidade que pudessem surgir desta concentração por entender que estas não são abrangidas pelo âmbito das regras de concorrência.

Apesar de o direito à protecção de dados pessoais ser um direito fundamental no quadro jurídico da EU, nem sempre se verificará uma intersecção entre este e o direito da concorrência, que não pode ser visto como uma panaceia para todos os problemas relacionados com a protecção de dados pessoais. No entanto, quando esta intersecção se verificar, a CE terá de reconhecer a importância concorrencial dos dados e as implicações decorrentes da concentração de dados num número limitado de empresas e, ainda, do respectivo sistema sem precedentes ao nível da recolha, tratamento e monetização dos dados. Se o recurso crítico em muitos mercados multilaterais são os dados (para optimização dos produtos e serviços e para segmentação da publicidade), as empresas com uma vantagem competitiva ao nível do *Big Data* não estão meramente na melhor posição para dominar o seu próprio sector – estão também bem posicionadas para dominar sectores adjacentes.

Nos mercados multilaterais a concorrência ocorre a três níveis: no lado gratuito do mercado, ao nível dos parâmetros não baseados no preço (tais como a qualidade, que abrange a protecção de dados), no lado pago do mercado, ao nível do preço (como é o caso da publicidade) e, ainda, entre as empresas que recolhem dados enquanto um *input* valioso em diferentes mercados. Os bens e serviços gratuitos são cada vez mais comuns em resultado do contínuo desenvolvimento de modelos de negócio multilaterais, designadamente as plataformas *online*, e não vemos razão para que, estando em causa uma actividade económica (e lucrativa) levada a cabo por uma empresa, os prestadores destes serviços sejam beneficiados com uma isenção ao nível da aplicação do direito da concorrência. Na ausência de preço, o foco principal deverá

ser a qualidade. Uma análise jusconcorrencial cabal implica uma apreciação holística de todas estas dimensões, o que significa que a CE deverá adequar as suas ferramentas analíticas de forma a responder eficazmente aos desafios colocados por este modelo de negócio.

Acreditamos, porém, que, à excepção da necessária alteração dos limiares actualmente em vigor para a definição de concentração de dimensão europeia, que consideram exclusivamente o volume de negócios das empresas objecto da concentração, o RCUE tem latitude e flexibilidade suficientes para a análise de concentrações no seio da economia digital desde que haja lugar a uma adaptação metodológica da CE ao nível da análise de parâmetros não baseados no preço, como seja a qualidade (porventura uma adaptação do teste SSNDQ, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Chinês no caso *Qhioo 360/Tencent*). Assim, ao contrário do que aconselharia Voltaire,⁵³⁶ sugerimos uma interpretação flexível do enquadramento legal vigente e a definição de estruturas de análise sólidas para aplicação no futuro, sob pena de se perpetuar um *double standard* na aplicação do direito europeu da concorrência,⁵³⁷ aplicando-se plenamente às empresas que cobram um valor monetário pelos seus serviços aos consumidores e isentando da sua aplicação plena as empresas, *in casu* as plataformas multilaterais *online*, cuja provisão de serviços é gratuita.

⁵³⁶ “Se quereis boas leis, queimai as que existem e fazei novas” em Catarino, *O Liberalismo em Questão - Justiça, Valores e Distribuição Social*, 68.

⁵³⁷ Silva, «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services», 69.

Bibliografia

- Almunia, Joaquín. «Competition and consumers: the future of EU competition policy (Speech at European Competition Day)». Madrid, 2010.
- Averitt, Neil, Robert Lande, e Paul Nihoul. «“Consumer choice” is where we are all going - so let’s go together.» *Concurrences*, n. 2 (2011): 1–3.
- Baars, Henning, e Hans-George Kemper. «Management Support with Structured and Unstructured Data—An Integrated Business Intelligence Framework». *Information Systems Management*, 2008. doi:10.1080/10580530801941058.
- Bezos, Jeff. «Letter to Shareholders», 2017.
<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312517120198/d373368dex991.htm>.
- Blair, Roger D., e D. Daniel Sokol. «Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement». *Fordham Law Review* 81 (2013).
- Blodget, Henry. «Everyone Who Thinks Facebook Is Stupid To Buy WhatsApp For \$19 Billion Should Think Again...» *Business Insider*, 2014.
<http://www.businessinsider.com/why-facebook-buying-whatsapp-2014-2>.
- Brooker, Charlie. «Black Mirror». Netflix, 2015.
- Bundeskartellamt, e Bundeswettbewerbsbehörde. «Joint guidance on new transaction value threshold in German and Austrian merger control submitted for public consultation», 2018.
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/14_05_2018_TAW.html.
- Bundeskartellamt, e L’Autorité de la Concurrence. «Competition Law and Data», 2016.
- Butcher, Mike. «Telegram Claims 50M Monthly Active Users, Seems To Be Attracting Teams». *Tech Crunch*, 2014. <https://techcrunch.com/2014/12/08/telegram-claims-50m-monthly-active-users-seems-to-be-attracting-teams/>.
- Buttarelli, Giovanni. «Keynote Speech». *FutureTech Congress*. 25 de Maio de 2017.
- Caillaud, Bernard, e Bruno Jullien. «Chicken & egg: competition among intermediation service providers». *RAND Journal of Economics* 34, n. 2 (2003): 309–328.
- Catarino, João Ricardo. *O Liberalismo em Questão - Justiça, Valores e Distribuição Social*. Lisboa: ISCSP/UTL, 2009.

- Christopher, Mims. «Ask M for Help: Facebook Tests New Digital Assistant: Single interface could replace web searches and apps on mobile devices». *Wall Street Journal*, 2015. <https://www.wsj.com/articles/ask-m-for-help-facebook-tests-new-digital-assistant-1447045202>.
- Cleland, Scott. «Google's "Infringenovation" Secrets». *Forbes*, 2011. <https://www.forbes.com/sites/scottcleland/2011/10/03/googles-infringenovation-secrets/#3d79513430a6>.
- Comissão Europeia. «A Reforma da UE sobre a Proteção de Dados e os Megadados», 2016. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/51fc3ba6-e601-11e7-9749-01aa75ed71a1/language-en>.
- . Caso AT.39740 - Google Search (Shopping), (2017).
- . Caso Comp/M.4731 - Google/DoubleClick, (2008).
- . Caso Comp/M.5727 - Microsoft/Yahoo! Search Business, (2010).
- . Caso Comp/M.6281 - Microsoft/Skype, (2011).
- . Caso Comp/M.7023 - Publicis/Omnicom, (2014).
- . Caso Comp/M.7217 - Facebook/Whatsapp, (2014).
- . Caso Comp/M.8228 - Facebook/WhatsApp, (2017).
- . «Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers», 2013. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm.
- . «Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho Relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas». (2008/C 95/01), 2008.
- . «Comunicação da Comissão: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa», 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=PT>.
- . «Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência». (97/C 372/03), 1997.
- . «Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão». 2008/C 267/01, 2008.
- . «Construir uma Economia Europeia dos Dados», 2017. <https://eur->

- lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN.
- . «Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control», 2016.
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.
- . «Livro Branco - Rumo a um controlo mais eficaz das concentrações na UE», 2014. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&from=PT>.
- . «Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook», 2014. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.
- . «Mergers: Commission cuts red tape for businesses», 2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1214_en.htm.
- . «Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover», 2017.
- . «Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C)». J.O. C 31/05, 2004. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29>.
- . «Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas 2008/C». J.O. 265/07, sem data. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=PT).
- . «Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de Execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas». J.O n.º L 133/1, 2004.
- Conselho. «Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas». J.O. L 24/1, 2004.
- . «Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho de 21 de Dezembro de 1989 relativo ao Controlo das Operações de Concentração de Empresas»,. J.O. n.º L 395/1, 1989.
- Costa-Cabral, Francisco, e Orla Lynskey. «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law». *Common Market Law Review* 54, n. 1

- (2017): 11–50. http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family_ties_the_intersection_between_Author_2016_LSERO.pdf.
- Crane, David A. «Four Questions for the Neo-Brandesians». *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018).
- Cukier, Kenneth, e Viktor Mayer-Schoenberger. «The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think About The World». *Foreign Affairs* 92, n. 3 (2013): 28–40.
- Domingos, Pedro. «How Not to Regulate the Data Economy». *Medium*, 2018. <https://medium.com/@pedromdd/how-not-to-regulate-the-data-economy-b4b4bdb0f78a>.
- EDPS. «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability». *Opinion 7/2015*, 2015. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf.
- . «Opinion on Coherent Enforcement of Fundamental Rights in the Age of Big Data». *Opinion 8/2016*, 2016.
- . «Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy». *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, 2014. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.
- . «Towards a new digital ethics». *Opinion 4/2015*, 2015. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf.
- Electronic Privacy Information Center. «In re: WhatsApp», 2014. <https://epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp/>.
- Esayas, Samson. «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/Whatsapp merger». Research Paper Series, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3039440.
- Evans, David S. «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms». *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper*, n. 753 (2016).
- . «The Antitrust Economics of Free». *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555 (2011).

- . «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets». *Yale Journal on Regulation* 20, n. 2 (2003): 324–81.
- Evans, David S., e Vanessa Yanhua Zhang. «Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court». *Competition Policy International*, 2015.
<https://www.competitionpolicyinternational.com/qihoo-360-v-tencent-first-antitrust-decision-by-the-supreme-court/>.
- Evans, David, e Richard Schmalensee. «Ignoring Two-Sided Business Reality can Hurt Plaintiffs». *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018).
- Executive Office of the President. «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values». Washington, 2014.
- Ezrachi, Ariel. «Sponge». *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (2017): 49–75.
- Ezrachi, Ariel, e Maurice E. Stucke. «Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition». *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 18/2015 (2015).
- . *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.
- Facebook. «Facebook Annual Report», 2014.
http://www.annualreports.com/HostedData/AnnualReportArchive/f/NASDAQ_FB_2014.pdf.
- . «Política de Privacidade do Facebook», 2013.
<https://www.facebook.com/about/privacy>.
- Faria, Tânia Luísa. «Direito da concorrência e Big Data: Ponto de situação e perspectivas». *Revista de Concorrência e Regulação*, n. 29 (2017): 107–37.
- Farrell, Joseph. «Can Privacy be Just Another Good?» *Journal on Telecommunications and High Tech Law* 10 (2012): 251–61.
- Federal Trade Commission. File n.º 071-0170 (Google/DoubleClick), (2007).
- Ferro, Miguel Sousa. «“Ceci n’est pas un marché”: Gratuity and competition law». *Concurrences* 1 (2015).
- . «De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services». *The Competition Law Review* 12, n. 2 (2017): 153–70.
- Friedman, Milton. *There’s No Such Thing as a Free Lunch*, 1975.
- Garrahan, Matthew. «Google and Facebook dominance forecast to rise: Tech duopoly

- to account for 84% of online advertising spend this year, forecasts report». *Financial Times*, 2017. <https://www.ft.com/content/cf362186-d840-11e7-a039-c64b1c09b482>.
- Goel, Vindu. «Flipping the Switches on Facebook’s Privacy Controls». *The New York Times*, 2014. <https://www.nytimes.com/2014/01/30/technology/personaltech/on-facebook-deciding-who-knows-youre-a-dog.html>.
- Gonçalves, Maria Eduarda. «The EU Data data protection reform and the challenges of big data: remaining uncertainties and ways forward». *Information & Communications Technology Law* 26, n. 2 (2017): 90–115.
- Graef, Inge. «Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms». Katholieke Universiteit Leuven, 2016.
- . «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms». *World Competition: Law and Economics Review* 38, n. 4 (2015): 473–506. <https://ssrn.com/abstract=2657732>.
- Graef, Inge, Jeroen Verschakelen, e Peggy Valcke. «Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective». *Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, 2013, 53–63.
- Han, Byung-Chul. *No Exame. Reflexões sobre o Digital*. Relógio D’Água, 2016.
- . *Psicopolítica: Neoliberalismo e novas técnicas de poder*. Relógio D’Água, 2015.
- Hayek, Friedrich August von. «Prize Lecture - The Pretence of Knowledge». *Nobelprize.org*, 1974. https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-lecture.html.
- . *The Road to Serfdom: Text and Documents - The Definitive Edition*. The University of Chicago Press, 2007.
- Ingram, David. «WhatsApp co-founder to quit in loss of privacy advocate at Facebook». *Reuters*, 2018. <https://www.reuters.com/article/us-facebook-whatsapp/whatsapp-co-founder-to-quit-in-loss-of-privacy-advocate-at-facebook-idUSKBN1112A9>.
- Jackson, Jasper. «Google and Facebook to take 71% of UK online ad revenue by 2020: Dominance of companies puts pressure on newspapers, which have found it difficult to make money from online audiences». *The Guardian*, 2016.

- <https://www.theguardian.com/media/2016/dec/15/google-facebook-uk-online-ad-revenue>.
- Johnson, Bobbie. «Privacy no longer a social norm, says Facebook founder». *The Guardian*, 2010.
- <https://www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy>.
- Kalyvas, James R., e Michael R. Overly, eds. *Big Data: A Business and Legal Guide*. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2015.
- Kerber, Wolfgang. «Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection». Joint Discussion Paper Series in Economics. Marburg, 2016.
- Khan, Lina M. «Amazon's Antitrust Paradox». *The Yale Law Journal* 126, n. 3 (2017).
- Kokott, Juliane, e Christoph Sobotta. «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR». *International Data Privacy Law* 3, n. 4 (2013): 222–28.
- Koum, Jan. «Why we don't sell ads». *WhatsApp Blog*, 2012.
- <https://blog.whatsapp.com/245/Why-we-dont-sell-ads>.
- Kroes, Neelie. «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices (Speech at European Consumer and Competition Day)». London, 2005.
- http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm.
- Kuner, Christopher, Fred H. Cate, Christopher Millard, Dan Jerker B. Svantesson, e Orla Lynskey. «Editorial: When two worlds collide: the interface between competition law and data protection». *International Data Privacy Law* 4, n. 4 (2014).
- Kuneva, Meglena. «Keynote Speech». *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, 31 de Março de 2009. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm.
- Lande, Robert H. «The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern». University of Baltimore Legal Studies Research Paper No. 2008-06, 2008.
- Lande, Robert H., e Neil W. Averitt. «Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law». *Antitrust Law Journal* 74 (2007): 175–264.
- Lobo, Carlos Baptista. *Concorrência Bancária?* Coimbra: Almedina, 2001.
- Lomas, Natasha. «WhatsApp's privacy U-turn on sharing data with Facebook draws more heat in Europe». *Tech Crunch*, 2016.
- <https://techcrunch.com/2016/09/30/whatsapp-privacy-u-turn-on-sharing-data->

- with-facebook-draws-more-heat-in-europe/.
- Lynskey, Orla. «Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability». *European Law Journal* 42, n. 6 (2017).
- Marsden, Philip. «Who Should Trust-Bust? Hippocrates, Not Hipsters». *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018).
- McAfee, Andrew, e Erik Brynjolfsson. «Big Data: The Management Revolution». *Harvard Business Review*, 2012. <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>.
- McKinsey Global Institute. «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 2011.
- Newton, Casey. «Facebook is shutting down M, its personal assistant service that combined humans and AI». *The Verge*, 2018. <https://www.theverge.com/2018/1/8/16856654/facebook-m-shutdown-bots-ai>.
- Ocello, Eleonora, Cristina Sjödin, e Anatoly Subočs. «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case». *Competition Merger Brief 1/2015*, n. 1–7 (2015). http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf.
- OECD. «Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age», 2017. <http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>.
- . «Big Data: Bringing competition policy to the digital era». *Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee*, 2016. <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.
- . «Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being», 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.
- . «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report». Paris, 2014. <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.
- . «Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value». OECD Digital Economy Papers. Paris, 2013. <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.

- . «Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms», 2018.
www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm.
- . «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation». Paris, 2013. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264193307-en>.
- . «The Digital Economy». 2012. <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.
- . «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 2013.
<http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.
- Ohlheiser, Abby. «Facebook is trying to get its users to share more about their personal lives». *The Washington Post*, 2016.
https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/04/08/facebook-is-trying-to-get-its-users-to-share-more-about-their-personal-lives/?utm_term=.0e3c06e1f198.
- Parlamento Europeu e Conselho. «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados», 2012.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=en>.
- . «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à protecção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas», 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=PT>.
- . «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)», 2016.
- Pasquale, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
- Rochet, Jean-Charles, e Jean Tirole. «Platform Competition in Two-Sided Markets». *Journal of the European Economic Association* 1, n. 4 (2003): 990–1029.
- . «Two-Sided Markets : An Overview». *The Economics of Two-Sided Markets*, 2004.

- . «Two-Sided Markets: A Progress Report». *The RAND Journal of Economics* 37, n. 3 (2006): 645–67.
- Rysman, Marc. «The Economics of Two-Sided Markets». *Journal of Economic Perspectives* 23, n. 3 (2009): 125–143.
- Samuelson, Paul A., e William D. Nordhaus. *Economia*. 18ª. Lisboa: McGraw-Hill, 2005.
- Shih, Gerry. «Facebook admits year-long data breach exposed 6 million users». *Reuters*, 2013. <https://www.reuters.com/article/net-us-facebook-security/facebook-admits-year-long-data-breach-exposed-6-million-users-idUSBRE95K18Y20130621>.
- Silva, Ana Rita Santos. «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services». Tilburg University, 2017.
- Silva, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência*. 2ª. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.
- Sivinski, Greg, Alex Okuliar, e Lars Kjolbye. «Is big data a big deal? A competition law approach to big data». *European Competition Journal* 13, n. 2–3 (2017): 199–227.
- Sokol, D. Daniel, e Roisin Comerford. «Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?» *George Mason Law Review* 23 (2016): 1129–61.
- Soros, George. «Only the EU can break Facebook and Google’s dominance». *The Guardian*, 2018. <https://www.theguardian.com/business/2018/feb/15/eu-facebook-google-dominance-george-soros>.
- Statista. «Facebook’s average revenue per user as of 4th quarter 2017, by region (in U.S. dollars)», 2017.
- Stucke, Maurice E. «Behavioural Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century». *Loyola University Chicago Law Journal* 38 (2007): 513–91.
- . «Reconsidering Antitrust’s Goals». *Boston College Law Review* 53 (2011).
- . «Should Competition Law Promote Happiness?» *Fordham Law Review* 81 (2013).
- Stucke, Maurice E., e Ariel Ezrachi. «The Curious Case of Competition and Quality». *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015. doi:doi: 10.1093/jaenfo/jnv023.
- Stucke, Maurice E., e Allen P. Grunes. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

— — —. «No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data».

The Antitrust Source April (2015): 1–14.

Swire, Peter P. «Submitted Testimony to the Federal Trade Commission Behavioral Advertising Town Hall», 2007.

Tarkoma, Janne. «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law». Hanken School of Economics, 2018.

<https://helda.helsinki.fi/dhanken/bitstream/handle/123456789/183220/tarkoma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Terceira Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, e Administración del Estado / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), (2006).

The Economist. «The world's most valuable resource is no longer oil, but data».

Acedido 18 de Junho de 2018.

<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

Törngren, Oskar. «Mergers in Big Data-driven Markets - Is the Dimension of Privacy and Protection of Personal Data Something to Consider in the Merger Review?» Stockholm University, 2017.

Tribunal de Justiça da União Europeia. *Europemballage Corporation e Continental Can v. Comissão*, 6/72, (1973).

Tucker, Darren S. «The Proper Role of Privacy in Merger Review». *CPI Antitrust Chronicle* 2 (2015).

UK Competition and Markets Authority. «The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA's Call for Information», 2015.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

Van Gorp, Nicolai, e Olga Batura. «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy». Brussels, 2015.

http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf.

Vanberg, Aysem Diker, e Mehmet Bilal Ünver. «The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?» *European Journal*

- of Law and Technology* 8, n. 1 (2017).
- Vestager, Margrethe. «Big Data and Competition». *EDPS-BEUC Conference on Big Data*. 29 de Setembro de 2016.
https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.
- . «Competition in a Big Data World». *DLD 16*. 17 de Janeiro de 2016.
https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.
- . «Refining the EU Merger Control System». *Studienvereinigung Kartellrecht*. 10 de Março de 2016. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.
- Vincent, James. «WhatsApp to start sharing user data with Facebook». *The Verge*, 2016. <https://www.theverge.com/2016/8/25/12638698/whatsapp-to-start-sharing-user-data-with-facebook>.
- Waehrer, Richard. «Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions», 2016.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701927.
- Walker, Leslie. «Social Networks That Pay Users for Content». *Lifewire*, 2018.
<https://www.lifewire.com/social-networks-that-pay-users-for-content-2653987>.
- Walles, Jimmy. «Elon Musk will make driverless cars a reality sooner than you think». *Wired*. Acedido 18 de Junho de 2018. <http://www.wired.co.uk/article/fully-autonomous-cars-are-almost-here>.
- Wei, Huang, e Han Guizhen. «Relevant Market Definition and Market Dominance Identification». *Competition Policy International* 11, n. 1 (2015).
<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Relevant-Market-Definition.pdf>.
- Whatsapp. «Perguntas Frequentes», sem data.
https://faq.whatsapp.com/pt_br/android/28030015/.
- . «Política de privacidade do Whatsapp», 2012.
<https://www.whatsapp.com/legal?doc=privacy-policy&version=20120707>.
- Whish, Richard, e David Bailey. *Competition Law*. 7.^a ed. New York: Oxford University Press, 2012.

Whittington, Jan, e Chris Jay Hoofnagle. «Unpacking Privacy's Price». *North Carolina Law Review* 90, n. 5 (2012): 1328–68.

Wismer, Sebastian, e Arno Rasek. «Market definition in multi-sided market: Hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets», 2017.

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)33/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En).

Zarsky, Tal. «The Privacy–Innovation Conundrum». *Lewis & Clark Law Review* 19, n. 1 (2015).