



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**Abuso discriminatório: *self-preferencing* no caso
*Google Shopping***

AT.39740 Google Search (Shopping)

Mariana Faria Paulo Fernandes Cerejo (143721017)

Mestrado Direito e Gestão

Orientadora Professora Doutora Patrícia Fragoso Martins

Lisboa, outubro 2023

Índice

1.	Introdução	6
2.	A decisão da Comissão Europeia	7
2.1	Os mercados relevantes e a posição dominante da Google.....	7
2.2	O comportamento abusivo: alavancagem e <i>self-preferencing</i>	9
2.3	As justificações apresentadas pela Google.....	11
3.	O acórdão do Tribunal Geral, Proc. T-612/17	13
3.1	O efeito alavanca.....	14
3.2	A recusa da aplicação da jurisprudência <i>Bronner</i>	16
4.	Apreciação crítica.....	20
4.1	<i>Theory of harm</i> e o <i>no economic sense test</i>	20
4.2	Um novo comportamento abusivo?	26
4.3	Uma nova era?.....	34
4.3.1.	Os desafios da economia digital.....	34
4.3.2.	O “Digital Markets Act”	38
5.	Conclusão	42
	Referências bibliográficas	44

Abstrato:

Numa era em que as plataformas digitais detêm uma influência sem precedentes, nomeadamente sobre o acesso dos consumidores aos mercados, compreender as *nuances* das práticas concorrenciais torna-se não só relevante, mas imperativo. Este trabalho explora o terreno controverso do abuso discriminatório nos mercados digitais, com especial incidência no *self-preferencing* - a prática em que uma empresa dominante dá tratamento preferencial aos seus próprios produtos ou serviços em detrimento dos seus concorrentes. O caso em questão é o *Google Shopping*, notável não só por ser uma das maiores coimas alguma vez aplicadas pela Comissão Europeia, mas também por estabelecer um precedente significativo no domínio do abuso discriminatório *self-preferencing*.

À medida que avançamos percorreremos os pormenores intrincados do caso, a lógica subjacente à decisão da Comissão Europeia, bem como do Tribunal Geral, refletindo simultaneamente sobre a natureza evolutiva do direito da concorrência numa era em que os nossos mercados já não se encontram limitados pela geografia, mas pelos contornos ilimitados do mundo digital. Esta investigação não se coíbe de abordar o potencial início de uma nova era no direito da concorrência, impulsionada pelos desafios e dinâmicas únicos apresentados por gigantes tecnológicas como a Google. Assim, contemplamos a adequação dos atuais quadros jurídicos na salvaguarda da concorrência em mercados digitais em rápida evolução e questionamos o aparecimento de uma nova forma de comportamento abusivo no mercado digital.

Na sua essência, este trabalho situa-se na interseção do direito, da tecnologia e do comércio, oferecendo uma análise de um caso de referência e das suas implicações mais vastas, enquanto lança um debate sobre a trajetória futura do direito da concorrência da União Europeia na era digital.

Palavras-chave: *self-preferencing*; *Google Shopping*; artigo 102.º TFUE; abuso de posição dominante; Digital Markets Act

Agradecimentos

À Professora Doutora Patrícia Fragoso Martins, a sua orientação e conhecimentos foram cruciais para este projeto, bem como para o meu crescente interesse por esta área do Direito.

À Beatriz, a tua presença constante e amizade tornaram tudo mais fácil. Mais uma etapa, juntas!

Ao Francisco, companheiro de todas as horas, és, e sempre serás, uma fonte de força e inspiração.

À minha família do coração, vocês enriquecem a minha vida com o vosso amor e apoio, e estou grata pelo lugar especial que ocupam no meu coração.

À minha família, em especial ao meu avô, a quem devo absolutamente tudo. O vosso apoio incessante e a vossa confiança em mim fizeram de mim o que sou hoje.

Lista de abreviaturas

AdC – Autoridade da Concorrência

AG – Advogado Geral

ANdC – Autoridades Nacionais da Concorrência

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Comissão Europeia

DMA – Digital Markets Act

EEE – Espaço Económico Europeu

EM – Estado-Membro da União Europeia

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TG – Tribunal Geral

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

1. Introdução

O caso AT. 39740 *Google Search (Shopping)*¹, daqui em diante “*Google Shopping*”, refere-se a uma investigação conduzida pela Comissão Europeia (“CE”) contra a Google por alegado abuso de posição dominante. A investigação iniciou-se em 2010 e teve por base queixas de diversos concorrentes, de entre os quais, empresas, associações de empresas, associações de consumidores e Autoridades Nacionais de Concorrência (“ANdC”), do comportamento anticoncorrencial da Google. Este traduzia-se no abuso da sua posição dominante no mercado dos motores de pesquisa geral ao favorecer o seu próprio serviço de comparação de preços², em detrimento dos serviços concorrentes, nos resultados de pesquisa.

A principal alegação contra a Google era a de que estava a utilizar uma estratégia de alavancagem ao apresentar de forma proeminente os seus próprios resultados, do *Google Shopping*, no topo das páginas de pesquisa e, simultaneamente, a despromover os serviços de comparação de preços dos concorrentes. Esta prática foi considerada potencialmente prejudicial para a concorrência e para o bem-estar dos consumidores.

Após vários anos de investigação, em Abril de 2015, a CE emitiu uma comunicação acusando formalmente a Google de abuso de posição dominante, em violação do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), e, em junho de 2017, aplicou uma coima de 2 424 295 000 EUR à Google e à Alphabet Inc., a sua empresa mãe, por violação das regras de concorrência da União Europeia (“UE”), no período de 1 de janeiro de 2008 até 2017. Além da coima, a Google foi obrigada a alterar as suas práticas e a conceder um tratamento igualitário aos serviços de comparação de preços dos concorrentes, num prazo de noventa dias. Ou seja, a Google teve de aplicar os mesmos processos e métodos para posicionar os serviços de comparação de preços concorrentes, nas páginas de resultados de pesquisa, que aplicava ao seu próprio serviço, *Google Shopping*. A monitorização subsequente, assegurando o cumprimento, ficou a cargo da CE, sendo que o incumprimento desta decisão poderia originar sanções adicionais.

¹ Comissão Europeia, Decisão AT.39740 *Google Search (Shopping)* C(2017) 4444 final, 27.06.2017.

² Ferramenta feita para comparar produtos e preços em linha e encontrar ofertas.

2. A decisão da Comissão Europeia

2.1 Os mercados relevantes e a posição dominante da Google

Para que uma empresa possa ser condenada por abuso de posição dominante nos termos do artigo 102.º do TFUE é necessário a verificação de vários requisitos: empresa em posição dominante num mercado relevante, posição essa em parte substancial do mercado interno, comportamento abusivo e existirem efeitos adversos no comércio entre Estados-Membros.

Assim, a CE começou por identificar os mercados do produto relevantes, como o mercado dos serviços de pesquisa geral e o mercado dos serviços de comparação de preços.³ O mercado do produto relevante no processo *Google Shopping* foi determinado com base em vários fatores, nomeadamente a natureza, as características dos serviços, as condições de concorrência e a estrutura da oferta e da procura. A decisão da CE concluiu que o mercado dos serviços de comparação de compras era um mercado do produto distinto do dos serviços de pesquisa geral.

No que se refere aos serviços de pesquisa geral, estes envolvem o fornecimento de resultados de pesquisa na *internet*. Verificou-se que representavam uma atividade económica, com uma substituibilidade limitada do lado da procura em relação a outros serviços em linha, especificamente os sítios de conteúdos, os serviços de pesquisa especializados e os sítios de redes sociais. Do mesmo modo, os serviços de comparação de preços foram considerados um mercado distinto devido ao seu objetivo, às suas características únicas e à natureza especializada do fornecimento aos consumidores de informações específicas relacionadas com os produtos. A presença de serviços autónomos de comparação de preços e a própria descrição que a Google faz dos seus serviços de pesquisa especializados apoiaram a conclusão de que estes são diferentes dos serviços de pesquisa gerais.

A CE considerou que os mercados geográficos relevantes, tanto para os serviços de pesquisa geral como para os serviços de comparação de preços, são

³ *Google Shopping* (n.1) parag. 145-250.

considerados de âmbito nacional. Em geral, tanto os serviços de pesquisa geral como os serviços de comparação de preços, operam em mercados nacionais devido à importância da localização, da língua e dos obstáculos à extensão dos serviços, para além das fronteiras nacionais.⁴

Assim, a CE concluiu que a Google detinha uma posição dominante nos mercados do produto e geográficos relevantes, o mercado do serviço de pesquisa geral em todos os 31 países do Espaço Económico Europeu (“EEE”) desde, pelo menos, 2008, com quotas de mercado superiores a 90% em quase todos os países. O abuso é, portanto, suscetível de ter pelo menos um efeito apreciável no comércio entre os Estados-Membros (e as Partes Contratantes no Acordo EEE).

Relativamente ao abuso *per se*, não é novidade, na jurisprudência da UE, considerar que um comportamento que consiste na utilização de uma posição dominante num mercado para alargar essa mesma posição a um ou mais mercados adjacentes possa constituir um abuso⁵. Ou seja, é excluída a necessidade de um nexo de causalidade entre o abuso e a posição dominante⁶. No caso em apreço, a CE considerou que a Google utilizou a sua posição dominante no mercado dos serviços de pesquisa geral para estender a sua dominância ao mercado dos serviços de comparação de preços. Verificou-se que a Google abusou da sua posição dominante no mercado ao dar ao seu serviço de comparação de preços (inicialmente denominado “*Froogle*”, mais tarde “*Google Product Search*”, atualmente “*Google Shopping*”) vantagens ilegais em relação aos serviços concorrentes de comparação de preços.

A conduta adotada pela Google teve, pela sua própria natureza, um âmbito transfronteiriço, impactando significativamente o comércio entre os Estados-Membros (e as Partes Contratantes do Acordo EEE) dado ter afetado a estrutura concorrencial do mercado interno, eliminando diretamente ou representando uma

⁴ *Google Shopping* (n.1) parag. 251-263.

⁵ *Ibid.*, parag. 334.

⁶ Cfr. Moniz (2016), pp. 120-121.

potencial ameaça para os concorrentes que operavam nos territórios da UE e do EEE.⁷

2.2 O comportamento abusivo: alavancagem e *self-preferencing*

No processo *Google Shopping*, a CE considerou que a Google tinha abusado da sua posição dominante no mercado da pesquisa geral, nos termos do artigo 102.º do TFUE, ao conceder aos seus próprios serviços de comparação de preços uma vantagem ilegal através da manipulação dos algoritmos utilizados nos resultados de pesquisa.

A CE censurou a conduta da Google por esta ter alavancado a sua posição dominante no mercado dos serviços de pesquisa geral no mercado vizinho, o mercado de serviços de comparação de preços, uma vez que esta atribuía sistematicamente um lugar de destaque ao seu próprio serviço de comparação de preços nos resultados de pesquisa, apresentando-o no topo ou num espaço reservado do lado direito da página, enquanto despromovia ou excluía os serviços de comparação de compras dos seus concorrentes, prejudicando a capacidade destas empresas competirem em condições de igualdade.

Ademais, os algoritmos de pesquisa genéricos da Google não integravam o seu serviço de comparação de preços, aos quais os serviços concorrentes estavam sujeitos, beneficiando o serviço *Shopping* relativamente aos resultados considerados mais relevantes. Desta forma, existia uma maior propensão para os consumidores clicarem nos resultados mais destacados, no topo ou perto do topo da primeira página de resultados⁸. Pelo contrário, os serviços de comparação de preços concorrentes estavam sujeitos aos algoritmos de pesquisa genéricos da Google e podiam ver a sua classificação reduzida nos resultados de pesquisa geral - as chamadas “despromoções” -, conseqüentemente, a classificação nas páginas de pesquisa genérica dos serviços concorrentes de comparação de preços diminuiu significativamente, mesmo os serviços concorrentes mais bem classificados

⁷ *Google Shopping* (n.1) parag. 677-685.

⁸ *Ibid.*, parag. 285-330.

apareciam normalmente apenas na quarta página, ou mais abaixo, nos resultados de pesquisa geral da Google.

Especificamente, a CE considerou que o tratamento preferencial dado pela Google ao seu próprio serviço, bem como a despromoção dos serviços concorrentes, conduziram a um aumento do tráfego e dos ganhos de quota de mercado para o próprio serviço de comparação de preços da Google, enquanto os serviços rivais sofreram uma diminuição do mesmo, limitando a sua capacidade de concorrer efetivamente⁹, em parte devido aos efeitos de rede. Ou seja, quanto mais os consumidores utilizam um motor de pesquisa, mais atrativo este se torna para os anunciantes. Subsequentemente, as receitas obtidas podem ser utilizadas para atrair um maior número de consumidores e a informação recolhida por um motor de busca sobre os utilizadores pode ser aproveitada para melhorar a qualidade dos resultados de pesquisa, desta forma, cria-se um ciclo de aumento do poder de mercado para a empresa já dominante. Segundo a CE, a funcionalidade de *Shopping* não obteve sucesso devido à concorrência baseada no mérito, ao seu valor intrínseco, mas pelo facto de esta estar estreitamente incorporado no *Google Search*.

Em suma, a CE considerou que esta era uma prática anticoncorrencial que distorceu o mercado, ao impedir injustamente a concorrência efetiva, o desenvolvimento de serviços concorrentes e privou os consumidores dos benefícios da concorrência em função do mérito, nomeadamente a escolha e a inovação. Na verdade, a Comissão foi ainda mais longe ao estabelecer que o *self-preferencing*, praticado por uma plataforma dominante, era uma prática abusiva, contrária ao artigo 102.¹⁰, que constituía “uma forma de abuso bem estabelecida e independente, que escapa ao âmbito da concorrência baseada no mérito.”¹¹.

⁹ *Google Shopping* (n.1) parag. 341-401.

¹⁰ Jones e Sufrin (2023), p.548.

¹¹ *Google Shopping* (n.1) parag. 649

2.3 As justificações apresentadas pela Google

A Google contestou a posição assumida pela CE centrado-se no critério legal aplicável e nas justificações para o seu comportamento. A CE considerou estes argumentos infundados¹².

Em primeiro lugar, a Google alegou que o seu comportamento só deveria ser considerado abusivo se implicasse uma recusa de fornecimento e satisfizesse os critérios estabelecidos em *Bronner*¹³⁻¹⁴. Segundo descrito em *Bronner*, para que exista uma recusa de fornecimento é necessário (i) analisar o mercado de forma verticalizada, isto é, a empresa dominante tem de ter um papel preponderante a montante e, simultaneamente, é necessário que concorra a jusante com outros operadores, sendo suscetível de eliminar qualquer concorrência no mercado, (ii) que essa recusa não possa ser objetivamente justificada e (iii) que o serviço seja, em si mesmo, indispensável para o exercício da atividade no mercado, no sentido de não existir nenhum substituto real ou potencial¹⁵. A Google argumentou que a CE lhe impunha uma obrigação de fomentar a concorrência ao conceder o acesso às suas páginas de resultados de pesquisa geral, apesar de esse acesso não ser essencial para a concorrência.

A CE rejeitou este argumento, afirmando que os critérios de *Bronner* não são aplicáveis no caso em apreço, dado que não impôs a transferência de quaisquer ativos ou a celebração de acordos com serviços de comparação de preços concorrentes, ainda que exija que a Google ponha termo à infração. Referiu ainda que o comportamento em causa era ativo, ou seja, a Google concedeu aos seus serviços de comparação de preços um posicionamento e uma apresentação mais favorável.

¹² *Google Shopping* (n.1) parag. 644-652.

¹³ TJUE, Proc. C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*, 26.11.1998.

¹⁴ Neste caso, discutiu-se a possibilidade da Oscar Bronner, uma empresa de jornais diários, de baixa circulação, obter acesso ao único sistema nacional de entrega de jornais ao domicílio - a Mediaprint, um operador dominante de jornais diários no mercado austríaco. A principal questão era se a recusa da Mediaprint em conceder o acesso constituía ou não uma violação do artigo 86.º do Tratado da CE (atual artigo 102.º do TFUE). Esta era uma questão essencial dado que poderia potencialmente levar à exclusão da Oscar Bronner do mercado dos jornais diários. No entanto, concluiu-se que a recusa não constituía um abuso de posição dominante, dado que existiam outras alternativas viáveis de distribuição disponíveis, falhando o requisito da indispensabilidade.

¹⁵ *Bronner* (n.13), pp. 14-15.

Em segundo lugar, a Google arguiu a inexistência de precedentes para caracterizar o seu comportamento como um abuso e que quaisquer “novas categorias de abuso devem ser coerentes com o quadro jurídico do artigo 102.º do TFUE” e as “regras devem ser conhecidas antecipadamente”¹⁶. A CE discordou, salientando que o alargamento de uma posição dominante de um mercado a mercados adjacentes era uma “forma bem estabelecida e independente de abuso”¹⁷.

Além disso, a tecnológica alegou que o *Product Universal* e a *Shopping Unit* representavam uma melhoria da conceção do produto e eram uma manifestação de concorrência baseada no mérito, pelo que tal comportamento só poderia ser considerado abusivo em circunstâncias excecionais. A CE rebateu este argumento, afirmando que as alegadas melhorias na conceção dos produtos devem ser avaliadas segundo as normas jurídicas utilizadas para avaliar a alavancagem da posição dominante aos mercados adjacentes.

A Google apresentou ainda cinco justificações para o seu comportamento, incluindo (i) o direito a ajustar os algoritmos para garantir a utilidade dos seus resultados de pesquisa, (ii) a melhoria da qualidade da pesquisa através do posicionamento e apresentação do seu serviço de comparação de preços, quer para os utilizadores, quer para os anunciantes, (iii) a potencial redução da concorrência caso existisse igualdade de tratamento, (iv) a proteção dos seus direitos e liberdades ao abrigo da CDFUE, nomeadamente o direito de transmitir informações (art. 11.º), de proteger a sua propriedade (art. 17.º) e o direito de exercer a sua atividade (art. 16.º) e, por fim, (v) a impossibilidade de classificar os seus resultados de forma coerente com os resultados dos comparadores de preços concorrentes¹⁸. No entanto, a CE determinou que nenhum destes argumentos constituía uma justificação objetiva para o comportamento adotado, nem foi demonstrado a obtenção de ganhos de eficiência resultantes desse comportamento.

¹⁶ *Google Shopping* (n.1) parag. 646.

¹⁷ *Ibid.*, parag. 649

¹⁸ *Ibid.*, parag. 654-659.

A CE rejeitou ainda as alegações da Google segundo as quais a igualdade de tratamento reduziria a concorrência e sublinhou que quaisquer restrições aos direitos e liberdades não só estão previstos na lei, especificamente no artigo 102.º do TFUE, como também estavam em conformidade com os objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, como a defesa do mercado interno e a garantia da livre concorrência, e a proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

Para mais, a CE considerou que a Google não conseguiu demonstrar que a igualdade de tratamento prejudicaria a rentabilização e violaria os seus direitos e liberdades.

Por fim, para que o quinto argumento da Google procedesse era necessário demonstrar que, através dos processos e modelos utilizados, a igualdade de tratamento não era tecnicamente viável, o que não sucedeu. Logo, as justificações da Google não resistiram a um exame minucioso.

Em suma, a Comissão rejeitou os argumentos da Google e concluiu que o comportamento constituía um abuso de posição dominante, ainda que tenha afirmado que não impedia a Google de aplicar mecanismos de ajustamento ao seu algoritmo ou de apresentar resultados de pesquisa especializados. O abuso identificado no processo foi especificamente o tratamento diferenciado entre o próprio serviço de comparação de preços da Google e os serviços concorrentes, uma vez que implicava favorecer o próprio serviço de comparação de preços em detrimento de serviços concorrentes nas páginas de resultados de pesquisa.¹⁹ Por este motivo, e como era expectável, a Google impugnou a decisão da CE no TG, ao abrigo do §4 do artigo 263.º do TFUE.

3. O acórdão do Tribunal Geral, Proc. T-612/17

A 11 de setembro de 2017, a Google Inc. e a Alphabet Inc. intentaram uma ação de anulação da decisão da CE no Tribunal Geral que, a 10 de novembro de 2021, decidiu

¹⁹ *Google Shopping* (n.1) parag. 660-671.

manter quase integralmente a decisão anterior²⁰. A maior diferença foi a anulação da infração no mercado dos serviços de pesquisa geral, uma vez que o TG considerou que a CE não conseguiu demonstrar que o comportamento da Google tinha efeitos concorrenciais, sequer potenciais, nesse mercado.

Existem diversos pontos fundamentais na decisão do TG que importa ter em atenção, nomeadamente quanto à alavancagem da posição dominante e o *self-preferencing per se*.

3.1 O efeito alavanca

O TG reiterou que o art. 102.º do TFUE apenas proíbe a exploração abusiva de uma posição dominante, não significando, porém, que se considere automaticamente todas as práticas de uma empresa que alavanca a sua posição dominante de um mercado para outro como inerentemente anticoncorrenciais²¹. Ou seja, o aumento da quota de mercado num segmento adjacente não constitui, por si só, prova de comportamento abusivo²².

A concorrência quanto ao mérito é permitida, mesmo que conduza ao desaparecimento de concorrentes menos capazes, o TG afirma que “a simples extensão de uma posição dominante, a um mercado vizinho, não pode, por si só, constituir um comportamento que se afasta da concorrência normal”²³.

No caso em apreço, o TG concordou com a CE, aceitando que esta forneceu provas suficientes no sentido de que este comportamento da Google se afasta de um comportamento normal baseado no mérito, ainda que tenha rejeitado a amplitude da alegação da CE de que o abuso em causa era “bem estabelecido e independente”²⁴.

²⁰ Tribunal Geral, Processo T-612/17 *Google e Alphabet c. Comissão*, 10.11.2021.

²¹ *Google Shopping* (n.20) parag. 610.

²² Jones e Sufrin (2023), p. 423.

²³ *Google Shopping* (n.20), parag. 162.

²⁴ *Ibid.*, parag. 162-163.

Em conformidade com a CE, o TG determinou que o tratamento preferencial dado pela Google ao seu próprio serviço de comparação de preços se afastava da concorrência pelo mérito devido a três razões principais. Em primeiro lugar, a importância do tráfego gerado pelo motor de busca geral da Google, que desempenhava um papel crucial e que reforçava a importância dos resultados de pesquisa especializados, conduzindo a uma extensão dos serviços de comparação de produtos oferecidos. Em segundo lugar, o favorecimento efetuado pela Google impactou o comportamento dos utilizadores, desviando o tráfego durante as pesquisas na internet. Ou seja, os utilizadores concentram-se normalmente nos primeiros três a cinco resultados da pesquisa, partindo do princípio de que os resultados mais visíveis são os mais relevantes, e ignoram frequentemente os restantes resultados. E, em terceiro lugar, as práticas da Google desviaram uma quantidade significativa de tráfego dos serviços concorrentes de comparação de preços para os seus próprios serviços. Este tráfego desviado teve um impacto substancial, uma vez que constituía uma parte considerável dos visitantes das plataformas de comparação de preços concorrentes e estes utilizadores redirecionados não são facilmente substituídos por outras fontes de tráfego alternativas, como anúncios de texto, aplicações móveis, tráfego direto, etc.²⁵. Em última análise, estes são os factos considerados relevantes, dado não se inserirem no âmbito da concorrência baseada no mérito.

Por outro lado, o TG contesta algumas das conclusões da CE em vários domínios, nomeadamente no que diz respeito aos mercados nacionais dos serviços de pesquisa geral. A CE limitou-se a identificar os efeitos anticoncorrenciais resultantes das práticas da Google, mencionando que as receitas geradas pelo serviço de comparação de preços, que é tratado de forma mais favorável nas suas páginas de resultados gerais, financiam o seu serviço de pesquisa geral. Ora, o TG argumentou que estas considerações eram demasiado vagas e careciam de provas concretas e sublinhou que, para que seja identificado um abuso de posição dominante, a CE deve demonstrar, pelo menos, efeitos de exclusão potenciais dos concorrentes, nos mercados relevantes.

²⁵ *Google Shopping* (n.20) parag. 168-174.

Apesar das divergências enunciadas, o TG confirmou a existência de um efeito de alavanca consubstanciando um abuso de posição dominante por parte da Google, ao favorecer o seu próprio serviço de comparação de preços.

3.2 A recusa da aplicação da jurisprudência *Bronner*

No processo *Google Shopping*, apesar da CE nunca ter mencionado diretamente a existência de uma recusa explícita de fornecimento, um dos principais argumentos da gigante tecnológica prendeu-se com a alegada imposição de uma obrigação de fornecimento dos seus serviços melhorados aos seus concorrentes, enquanto operadora dominante no mercado da pesquisa, sem o cumprimento dos requisitos exigidos para o efeito, estabelecidos no caso *Bronner*²⁶. Neste contexto, a Google argumentou que lhe estava a ser imposto o dever de promover a concorrência, ao permitir que os serviços de comparação de preços concorrentes tivessem acesso a uma proporção significativa das suas páginas de resultados de pesquisa geral, apesar do acesso a essas páginas não ser indispensável para competir²⁷. Este é um dos aspetos sobre o qual se debruça com detalhe a decisão do TG.

As situações em que se justifica que o sistema jurídico intervenha para obrigar uma empresa a partilhar a sua vantagem competitiva com os seus concorrentes, segundo a aceção de *Bronner*, são muito limitadas e altamente qualificadas²⁸. Em geral, é vantajoso para a concorrência que as empresas mantenham as infraestruturas que desenvolveram em utilização exclusiva, de acordo com o *AG Jacobs*:

"A justificação de uma ingerência na liberdade de contratar de uma empresa dominante exige com frequência que se proceda a uma ponderação cuidadosa de considerações divergentes. A longo prazo, é de

²⁶ *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* (n.11).

²⁷ *Google Shopping* (n.1), parag. 645.

²⁸ Como mencionado *supra*: (i) a recusa seja suscetível de eliminar qualquer concorrência no mercado por parte de quem procura o serviço, (ii) que essa recusa não possa ser objetivamente justificada e (iii) o serviço seja em si mesmo indispensável para o exercício da atividade de quem procura o serviço, no sentido de não existir nenhum substituto real ou potencial.

*um modo geral favorável à concorrência e, no interesse dos consumidores, permitir que uma empresa reserve para utilização própria as infraestruturas que desenvolveu para as necessidades da sua atividade. (...) Assim, o simples facto de uma empresa manter uma vantagem sobre um concorrente, reservando para si a utilização de uma infraestrutura, não poderia justificar que se exigisse o acesso a ela*²⁹.

Note-se que para aferir da indispensabilidade de um produto não basta a qualidade da empresa dominante ser superior à alternativa, segundo a jurisprudência do Tribunal no acórdão *IMS Health*³⁰. O aspeto crucial, a ter em consideração, é a ausência de um substituto real ou potencial no mercado, a jusante, com a capacidade de reproduzir eficazmente os métodos de produção da empresa dominante num futuro previsível e que lhes permita concorrer contra ela, deste modo, com a recusa de venda ou fornecimento por parte da empresa dominante, o concorrente deixa de conseguir concorrer efetivamente, dado que se torna impossível ou extremamente difícil fazê-lo. Em última análise, o efeito da recusa implica a exclusão do concorrente do mercado. Caso contrário, não estamos perante uma recusa explícita de fornecimento³¹.

Ora, como já referido *supra*, a CE rejeitou explicitamente os argumentos da Google e classificou o comportamento como um abuso por efeito de alavanca, considerando a existência de uma alavancagem da posição dominante no mercado da pesquisa geral que reforçou a sua posição no mercado do serviço de comparação de preços, criando assim um obstáculo aos serviços concorrentes³².

No entanto, o TG afirmou que, contrariamente ao que foi sustentado pela CE, neste processo, importam as condições de fornecimento, pela Google, do seu serviço de pesquisa geral. Este acesso às páginas gerais de resultados pelos comparadores de produtos concorrentes é de máxima importância dado que corresponde a uma grande proporção do tráfego no sítio da *internet* dos

²⁹ Jacobs (1999), p.57.

³⁰ TJUE, Proc. C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG*, 29.04.2004.

³¹ Anastácio (2013), pp.143-144.

³² *Google Shopping* (n.1), parag. 334 e 649.

comparadores, que conseqüentemente gera receitas, e não pode ser efetivamente substituído por outra fonte³³. O TG declarou, ainda, que existe uma diferença relativamente aos elementos constitutivos de uma recusa de fornecimento, mesmo que os efeitos de exclusão possam ser semelhantes³⁴. Isto é, para que exista uma recusa explícita de fornecimento, que justifique a aplicação dos pressupostos de *Bronner*, tem de existir um carácter intencional, na forma de um pedido ou de uma recusa, e, além disto, que o facto gerador do efeito de expulsão resida na recusa *per se*. Diferentemente, a recusa implícita de fornecimento refere-se a situações em que uma empresa dominante pode não recusar explicitamente o fornecimento, mas ao adotar práticas que restringem ou impedem efetivamente o acesso de concorrentes ou clientes a bens ou serviços essenciais abusa da sua posição dominante.

Ora, no presente caso, o facto gerador do efeito de exclusão seria uma prática extrínseca da Google - o abuso por efeito de alavanca -, não tendo existido uma recusa *per se*. Isto significa que o comportamento em análise, ainda que pudesse ter como consequência uma recusa implícita de acesso, dado que dificulta o acesso a um mercado, constituía uma violação autónoma do artigo 102.º do TFUE e não podia consubstanciar uma recusa explícita de fornecimento³⁵. Em conformidade com a decisão da CE, o TG não considerou a prática da Google uma recusa explícita de fornecimento, o que seria necessário para serem analisados os requisitos de *Bronner* e estarmos perante a doutrina das infraestruturas essenciais.

É ainda observado pelo TG a inexistência de uma recusa unilateral da Google. A tecnológica forneceu mas em condições discriminatórias aos seus concorrentes, relativamente ao seu próprio serviço a jusante, assim, estava em causa uma diferença de tratamento, que também consubstancia um abuso ao abrigo do art. 102.º do TFUE³⁶.

³³ *Google Shopping* (n.20), parag. 219, 225-226.

³⁴ *Ibid.*, parag. 229-231.

³⁵ *Ibid.*, parag. 232-234.

³⁶ *Ibid.*, parag. 238-239.

Sem prejuízo, o TG salientou que “a página de resultados gerais da Google apresenta características que a aproximam de uma infraestrutura essencial, no sentido de que atualmente não existe nenhum substituto real ou potencial disponível que a permita substituir de forma economicamente viável no mercado”³⁷, logo, poder-se-ia considerar, tal como mencionou Colomo, que o TG considerou o motor de pesquisa geral da Google como um serviço “quase essencial”³⁸. Não obstante, não é claro o que é um serviço “quase essencial”, para além de poder ser arriscado a introdução desta ténue diferenciação quando existiu uma preocupação em delinear critérios rígidos para classificar uma infraestrutura como essencial, de forma a não prejudicar a concorrência quanto ao mérito.

Quanto ao requisito da indispensabilidade³⁹, existe alguma instabilidade nas apreciações do TG que acabou por concluir que este requisito não é aplicável no caso em apreço. O TG utiliza as conclusões do AG do processo *TeliaSonera*⁴⁰ para justificar a não aplicação do requisito da indispensabilidade em casos de abusos de discriminação⁴¹ traçando uma linha entre as recusas expressas de fornecimento e a prática de exclusão em causa, que não residia numa recusa enquanto tal⁴². Assim, o TG centra-se na natureza discriminatória das práticas da Google, que podem equivaler a um abuso onde haja tratamento desigual e injustificado e, conseqüentemente, um efeito de exclusão; e, segundo *Hornkohl*, cuja “indispensabilidade não faz aparentemente parte do teste legal”⁴³.

Por fim, o TG esclareceu que, ainda que exista uma semelhança entre as medidas para pôr termo à infração neste processo e as medidas impostas num caso de recusa de fornecimento, não existe um automatismo entre os critérios de qualificação jurídica do abuso e as medidas corretivas que permitem a sua

³⁷ *Google Shopping* (n.20), parag. 224.

³⁸ Colomo (2021), parag. 12.

³⁹ Para mais, ver Ibáñez Colomo, P. (2019). *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping* e Hornkohl, L., (2022) *Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping*.

⁴⁰ Mazák, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2010:483, n.º32.

⁴¹ *Google Shopping* (n.20), parag. 239.

⁴² Cfr. Colangelo (2023), p. 11.

⁴³ Hornkohl (2022), pp.24-25.

reparação⁴⁴, pelo que as medidas impostas não têm nenhuma correlação com a classificação do abuso em questão.

Em especial, o TG manteve o montante da coima aplicada. A 20 de janeiro de 2022, a Google impugnou para o mais alto tribunal do sistema jurídico da UE, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), com o objetivo de anular a sanção imposta.

Caso o acórdão seja confirmado pelo TJUE, o âmbito de aplicação do artigo 102.º do TFUE alargar-se-á significativamente. Para já, o acórdão do TG fornece clarificações importantes sobre conceitos-chave e dá orientações valiosas para os próximos processos que tratem da temática do *self-preferencing* e dos casos de abuso de posição dominante, no âmbito do direito da concorrência da UE.

4. Apreciação crítica

4.1 *Theory of harm* e o *no economic sense test*

O conceito genérico de *self-preferencing*, concebido como uma *theory of harm* concorrencial, abrange diferentes estratégias de mercado, incluindo a alavancagem presente no caso *Google Shopping*.

Segundo o TG, o motor de pesquisa geral da Google foi descrito como uma infraestrutura aberta, distinguindo-a de outras infraestruturas como os ativos corpóreos ou incorpóreos, cujo valor depende de uma utilização exclusiva (reforçando a distinção entre o *self-preferencing* e uma infraestrutura essencial). Neste sentido, o TG afirma que o valor de um motor de pesquisa geral reside na sua capacidade de apresentar uma gama de fontes externas nas suas páginas de resultados gerais, essenciais para o seu desenvolvimento e sobrevivência num mercado competitivo, onde poucas infraestruturas deste tipo subsistem. A inclusão de fontes múltiplas possibilita efeitos de rede, economias de escala e

⁴⁴ *Google Shopping* (n.20), parag. 244-247.

aumenta a credibilidade do motor de busca aos olhos do público em geral. É necessária uma grande base de utilizadores para atingir uma massa crítica que compense, por um lado, o facto de o serviço ser gratuito (para os utilizadores) e, por outro, gerar receitas de publicidade (para a empresa)⁴⁵.

Assim, no presente caso, o TG ao aplicar o *no economic sense test*, cujo objetivo é determinar se certas práticas ou condutas de uma empresa dominante são comercialmente legítimas, concluiu pela inexistência de uma justificação económica racional que explique o *self-preferencing*, dado que “para um motor de busca, o facto de limitar o âmbito dos seus resultados apresenta uma parte de risco e não é necessariamente racional, salvo numa situação, como no caso vertente, em que a dominância e as barreiras à entrada são tais que nenhuma entrada num prazo suficientemente rápido é possível em resposta a esta limitação da escolha dos internautas”⁴⁶.

A Google ao favorecer os seus próprios resultados especializados, em detrimento dos de terceiros, nas páginas gerais de resultados, desvia-se do modelo económico que tornou o seu motor de busca bem-sucedido, numa fase inicial. Num primeiro momento, o motor de busca geral da Google teve uma vocação universal e foi concebido para indexar resultados com qualquer conteúdo possível. Assim, apresentava todos os resultados dos serviços de pesquisa especializada da mesma forma, segundo os mesmos critérios, resultados que dirigiam os utilizadores para os serviços de comparação de produtos. Num segundo momento, a Google lançou-se no mercado da pesquisa especializada de comparação de produtos, no entanto, como já existiam numerosos prestadores de tais serviços, o serviço *Froogle* foi um fracasso e a Google decidiu alterar as suas práticas no mercado dominado, de forma, a aumentar a visibilidade dos resultados do seu próprio comparador de produtos. Ou seja, o tribunal considerou existir uma certa forma de “anormalidade” adjacente ao comportamento da Google relativamente à forma como se espera que os motores de busca gerais funcionem⁴⁷.

⁴⁵ *Google Shopping* (n.20), parag. 177-178.

⁴⁶ *Ibid.*, parag. 178.

⁴⁷ *Google Shopping* (n.20), parag. 176-184.

Note-se que, apesar do TG considerar como característica fundamental a abertura de um motor de busca, alguns autores, em especial Colomo, consideram que “o facto de algumas funcionalidades de uma plataforma não estarem abertas a terceiros pode não ser contrário aos seus interesses, nem tão pouco irracional”⁴⁸, os modelos de negócio evoluem e as estratégias comerciais alteram-se, não consubstanciando necessariamente uma prática de exclusão. As plataformas são geralmente parcialmente abertas e parcialmente fechadas. “O facto de algumas funcionalidades de uma plataforma não estarem abertas a terceiros não é necessariamente contrário aos seus interesses”, inclusivamente, ao longo do tempo, podem tornar-se relativamente mais abertas⁴⁹, ou mais fechadas⁵⁰.

O TG considerou as práticas da Google como sendo de duas ordens, por um lado, a promoção dos seus próprios resultados especializados da Google e, por outro, a despromoção dos serviços de comparação concorrentes nos resultados de pesquisa, devido à aplicação de um algoritmo de ajustamento. No entanto, em nenhum caso o TG esclareceu se estes são dois elementos cumulativos para que estejamos perante uma prática de *self-preferencing* abusiva, ao abrigo do art. 102.º do TFUE.

Ora, tal como mencionam Bougette, Gautier & Marty, se apenas a despromoção dos concorrentes fosse considerada poder-se-ia defender “a despromoção com base na eficiência, dado que o fornecimento de resultados insatisfatórios poderia prejudicar a reputação da Google junto dos consumidores”, afetando o tráfego e as receitas geradas. Esta situação excecional poderia justificar uma correção algorítmica, desde que fosse objetiva, necessária e proporcional e aplicável a todos os que se encontram na mesma situação. Todavia, “no caso em questão, a correção feita pelo algoritmo apenas visava os resultados dos concorrentes e não todos os resultados. Assim, os serviços com características idênticas foram objeto de um tratamento diferente”⁵¹.

⁴⁸ Colomo (2021), parag. 9.

⁴⁹ Quando a Apple lançou a sua plataforma iOS era um ecossistema relativamente fechado, a empresa mantinha um controlo rigoroso sobre o *software* e o *hardware*, permitindo que apenas as aplicações da sua própria *App Store* fossem instaladas nos dispositivos iOS. No entanto, ao longo do tempo, a *Apple* tomou medidas para abrir o seu ecossistema.

⁵⁰ Colomo (2021), parag. 9 e 10.

⁵¹ Bougette, Gautier & Marty (2022), p.2.

A segunda razão invocada pelo TG para considerar o comportamento em causa "anormal" é o princípio geral da igualdade de tratamento, princípio geral da União. Este princípio exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que haja uma razão objetiva para tal⁵². Ora, ainda que não estejamos perante uma empresa ou entidade pública, este princípio é aplicado pelo Tribunal ao caso em apreço e a justificação desta posição é feita através do Regulamento da UE 2015/2120⁵³, que consagrou o princípio da neutralidade da rede na UE. Segundo o TG, a obrigação de não discriminação para os fornecedores de acesso à internet, no mercado a montante, não deve ser ignorada ao analisar as práticas da Google no mercado a jusante, dada a sua posição ultradominante no mercado dos serviços gerais de pesquisa. A Google tem uma responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência efetiva e não falseada no mercado interno e este só pode ser garantido se for assegurada a igualdade de oportunidades entre os vários operadores económicos⁵⁴. Este ponto está em conformidade com a jurisprudência atual. Ou seja, certas diferenças de tratamento podem ser consideradas contrárias ao artigo 102.º do TFUE, especialmente quando se trata de práticas de favorecimento estabelecidas por operadores em posição dominante no sector da internet.

Segundo o TG, a defesa da Google baseia-se numa caracterização incorreta do seu comportamento e não consegue justificar estas práticas como melhorias de qualidade. O argumento da Google diz respeito apenas à apresentação e posicionamento proeminente dos *Product Universals* e das *Shopping Units*, não justificando esta despromoção dos concorrentes nas suas páginas de resultados gerais. Todavia, o comportamento, segundo o tribunal, consistiu efetivamente em duas práticas: a promoção dos resultados especializados do próprio serviço de comparação de preços da Google e, simultaneamente, a despromoção dos serviços de comparadores concorrentes, através de algoritmos de ajustamento. Não

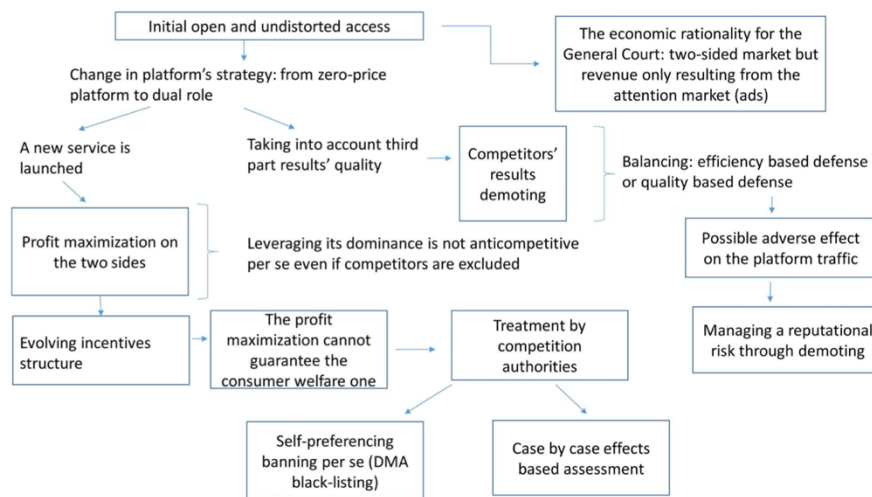
⁵² *Google Shopping* (n.20), parag. 155.

⁵³ Este regulamento impõe uma obrigação geral de igualdade de tratamento aos fornecedores de acesso à internet, proíbe a discriminação, a restrição ou a interferência no tráfego, que em caso algum pode ser derrogada através de práticas comerciais.

⁵⁴ *Google Shopping* (n.20), parag. 180.

obstante, mesmo que a Google tivesse alegado ganhos de eficiência ou uma justificação objetiva, as melhorias dos produtos ou serviços podem ser consideradas abusivas se a empresa dominante utilizar métodos diferentes dos que regem a concorrência pelo mérito e tiverem efeitos anticoncorrecionais⁵⁵.

Figura 1 - O modelo do Google Shopping segundo o TG



Fonte: Bougette, Gautier, & Marty, 2022, p.4

Segundo Bougette, Gautier e Marty, a avaliação efetuada pelo TG, seguindo o raciocínio da CE, ao considerar os dois lados da plataforma separadamente, levaria a proibir uma alteração da estratégia comercial de uma plataforma e a impor a igualdade de tratamento, logo, “o impacto desta jurisprudência seria a criação de um risco jurídico para qualquer plataforma dominante que altere o seu modelo de negócio para um modelo híbrido”⁵⁶.

Assim, justifica-se uma análise económica diferenciada, relativamente à abordagem económica feita pelo TG no processo. É necessário considerar os modelos empresariais, os incentivos implícitos e as alterações que podem resultar da evolução do modelo de negócio para proceder a uma avaliação da

⁵⁵ Google Shopping (n.20), parag. 187-188.

⁵⁶ Bougette, Gautier e Marty (2022), p.3.

“normalidade” das práticas de mercado e perceber se se incluem no âmbito das práticas de concorrência pelo mérito. As mudanças que ocorrem quando uma plataforma altera o seu modelo de negócio não são necessariamente uma estratégia anormal que só faz sentido no contexto de impedimento da concorrência, podem ser racionais e devem ser avaliadas, caso a caso, em termos de efeitos económicos⁵⁷.

A Google iniciou-se como uma plataforma de preço zero, ou seja, era uma plataforma bilateral que ligava utilizadores da *internet* e anunciantes, oferecia serviços gratuitos aos utilizadores (nomeadamente a pesquisa na *internet*), recolhia dados, vendia publicidade e, mais tarde, acrescentou serviços gratuitos adicionais aos utilizadores, como correio eletrónico ou calendário. Mais tarde, evoluiu para um modelo híbrido: a própria plataforma entrou nos mercados dos seus serviços complementares, por exemplo, serviço de *streaming* de vídeo (YouTube), sítio Web de comparação de preços (Shopping), tradução (Translate), serviços de sincronização na nuvem (Drive), etc. Ora, quando uma plataforma altera o seu modelo de negócio, para um modelo empresarial híbrido, os seus incentivos diferem, “a Google tem agora duas principais fontes de rendimento e utilizará os seus instrumentos - principalmente o preço da publicidade e a correção algorítmica – para maximizar o seu lucro, logo, a neutralidade da plataforma deixa de ser garantida”⁵⁸. Pelo contrário, a possibilidade de obter comissões e de colocar um produto interno permite à empresa obter um lucro mais elevado. Isto conduz a uma forma racional de *self-preferencing*.

Resumindo, o argumento jurídico que consubstancia a *theory of harm* contra a empresa baseia-se na alegação de que a Google utilizou indevidamente a sua posição dominante no mercado para favorecer o seu próprio serviço de comparação de preços, prejudicando assim os concorrentes. Esta teoria levou a CE a aplicar uma coima significativa, invocando um abuso de posição dominante no mercado, nos termos do artigo 102.º do TFUE. No entanto, há quem defenda que as práticas da Google podem ser consideradas racionais no âmbito da sua

⁵⁷ Bougette, Gautier e Marty (2022), p.3.

⁵⁸ *Ibid.*, p.5.

estratégia comercial, numa perspetiva de mercado bilateral, concebido para atrair mais utilizadores.

Embora o efeito de alavanca possa ter efeitos pró-concorrenciais, nomeadamente ganhos de eficiência, que devem ser avaliados caso a caso, a questão é saber se “é legítimo, em termos económicos, considerar que os efeitos anticoncorrenciais se sobrepõem a outros”⁵⁹. É viável a estratégia de *self-preferencing* ser considerada uma recompensa legítima pelo investimento efetuado e pelo aumento do bem-estar? Ou sufoca indevidamente a concorrência, tornando impossível para os outros competir de forma justa ou ter uma oportunidade de sucesso no mercado?

A análise da CE foi criticada por ser demasiado restrita, não tendo explorado de forma exaustiva o modelo comercial multilateral da Google. O TG agravou esta situação ao introduzir o seu próprio *no economic sense test*, algo ambíguo, para avaliar quando o *self-preferencing* constitui uma diferença de tratamento injustificável. Esta abordagem impõe, de certo modo, uma espécie de “neutralidade da rede” para os resultados dos motores de busca, que devem ser neutros, imparciais e objetivos⁶⁰.

A principal falha é o facto de o acórdão do Tribunal não ter um quadro claro para diferenciar entre um *self-preferencing* que constitui um desvio da concorrência quanto ao mérito e os casos em que não constitui, nos termos do artigo 102.º do TFUE. A ausência desta fronteira resulta num cenário jurídico obscuro. Espera-se que o TJUE forneça orientações mais precisas para delinear quando o *self-preferencing* é uma estratégia concorrencial legítima e quando viola o direito da concorrência.

4.2 Um novo comportamento abusivo?

A alavancagem presente no caso *Google Shopping* é uma das estratégias comerciais que assume diversas manifestações potencialmente abusivas. Segundo o TG esta pode incluir as vendas ligadas, compressão das margens ou descontos

⁵⁹ Bougette, Gautier e Marty (2022), p.7.

⁶⁰ *Google Shopping* (n.20), parag. 177-178.

de fidelidade⁶¹. Tal como Monti refere, “a escolha do TG ao basear o seu raciocínio nesta reflexão económica é útil na tentativa de criar uma taxonomia de abusos”⁶².

Como sabemos, a noção de abuso não se enquadra em categorias claras e tem-se demonstrado um conceito relativamente elástico e amplo, abrangendo comportamentos de diversa natureza que podem estar ou não expressamente previstos. Por este motivo, este conceito foi, em grande medida, delineado jurisprudencialmente, assim, “a noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que se refere ao comportamento de uma empresa em posição dominante susceptível de influenciar a estrutura de um mercado (...) proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos”⁶³. Isto significa que qualquer prática suscetível de limitar os mercados pode ser abrangida na proibição prevista do artigo 102.º do TFUE.

Neste caso, o TG confirma, ainda que com algumas salvaguardas, a identificação feita pela CE de uma estratégia relativamente nova de alavancagem: o abuso de *self-preferencing*, que se refere à prática de empresas dominantes de concederem “tratamento preferencial aos seus próprios produtos ou serviços quando estes estão em concorrência com produtos e serviços fornecidos por outras entidades que utilizam a plataforma”⁶⁴. Esta categoria parece ser uma nova categoria jurídica dado que não há menções nos tratados, na jurisprudência ou na doutrina, anteriores ao *Google Shopping*.

Apesar de, há muito existir uma preocupação da CE e dos tribunais em limitar a alavancagem em mercados adjacentes ao mercado relevante em que se possui posição dominante⁶⁵, quer para proteger ou reforçar a sua posição dominante no primeiro mercado (estratégia defensiva), quer para ganhar uma vantagem

⁶¹ *Google Shopping* (n.20), parag. 162-164.

⁶² Monti (2021), p.7.

⁶³ TJUE, Proc. C-62/86, §68, 69 e 70 *Akzo c. Comissão*, 03.06.1991.

⁶⁴ Crémer, Montjoye e Schweitzer (2019), p.7.

⁶⁵ Cfr. Tribunal de Justiça, Caso 6/73 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation*. 06.03.1974 e Tribunal, Caso 311/84, *Centre belge d'études de marché – Télémaking*, 03.10.1985.

competitiva no segundo (estratégia ofensiva), não fica excluída a possibilidade do reconhecimento do *self-preferencing*, como uma nova categoria, ter sido concebida para responder a uma série de desafios prevaletentes nos mercados de plataformas digitais. De facto, como salientado por Colomo, uma parte substancial das “investigações que visam grandes empresas tecnológicas podem ser vistas como variações do tema *self-preferencing*”⁶⁶.

No presente caso, esta nova categoria de abusos caracteriza-se por uma configuração específica: a Google promove os seus serviços e despromove os serviços dos seus rivais na sua plataforma de pesquisa geral, bem como a existência de um conjunto de circunstâncias específicas no mercado de serviços de pesquisa geral⁶⁷. Ressalve-se, desde já, e como veremos adiante⁶⁸, que para existir uma proibição de *self-preferencing*, segundo o *Digital Markets Act* (“DMA”), apenas se exige que as plataformas não tratem de forma mais favorável os seus próprios serviços, relativamente aos produtos semelhantes de um terceiro, não exigindo simultaneamente a despromoção. Assim, continua a existir uma certa incerteza relativamente à necessidade de um comportamento ativo de despromoção para que se esteja perante um abuso de *self-preferencing*, para fins de aplicação do art. 102.º do TFUE.

A constituição deste novo abuso fez surgir na doutrina diversas observações e questões, muitas delas ainda carentes de resposta. É importante ter em consideração duas facetas do *self-preferencing*. Por um lado, alguns autores consideram-no como uma forma de abuso discriminatório que reduz as capacidades competitivas, permite a apropriação de informações comerciais cruciais e diminui os incentivos dos concorrentes para a inovação. Esta perspetiva argumenta que uma empresa que opera em vários mercados estreitamente relacionados, cria um “conflito de interesses”, dado que a empresa desempenha um duplo papel como anfitrião e concorrente, podendo resultar numa alavancagem do poder de mercado em linhas de negócios adjacentes e, conseqüentemente, capaz de produzir efeitos de exclusão⁶⁹. Ademais, a integração

⁶⁶Colomo, (2021), p.3.

⁶⁷V. *supra* 3.1 e *Google Shopping* (n.21), parag.169-174.

⁶⁸V. *infra* 4.3.

⁶⁹ Colangelo (2023), p. 540.

é vista como uma ameaça potencial à concorrência leal, conduzindo a uma tomada de decisões tendenciosas a favor dos produtos ou serviços da empresa integrada e a vantagens injustas decorrentes de uma vantagem competitiva pré-existente, que limitam, em última análise, as escolhas dos consumidores.

Por outro lado, muitos autores consideram o *self-preferencing* como uma estratégia comercial comum utilizada por empresas de vários sectores, independentemente da sua posição dominante no mercado, que reflete uma concorrência saudável baseada no mérito. Se atentarmos a esta perspetiva, existem vários argumentos sólidos para defender a estratégia do *self-preferencing*.

Em primeiro lugar, tal como refere Colomo, “no sistema do direito da concorrência, as empresas não têm o dever de subsidiar os seus rivais através da partilha das suas vantagens competitivas”⁷⁰ (comportamento esse que até poderia ter um impacto negativo no processo competitivo, nomeadamente no incentivo a investir e a inovar).

Em segundo lugar, os riscos associados ao *self-preferencing* não parecem significativamente diferentes dos emergentes em cenários de integração vertical⁷¹, sendo, neste contexto, importante lembrar que “o regime da UE nunca contestou como *prima facie* abusivo uma empresa integrada”⁷², que opere a todos os níveis da cadeia de valor, favorecer as suas próprias atividades (por exemplo, adquirir fatores de produção apenas à sua filial a montante, ou distribuir os seus produtos a jusante apenas através da sua ala de distribuição integrada). Na realidade, uma das principais motivações à integração de empresas é beneficiar de efeitos de rede e reduzir custos com a produção interna, sendo “o *self-preferencing* dos seus próprios produtos uma consequência quase inevitável da integração de diferentes atividades sob propriedade comum”⁷³. Aliás, uma análise da interpretação e aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE confirma que a integração de diversas atividades dentro de uma empresa não é inerentemente suspeita ou problemática

⁷⁰ Colomo (2020), p. 4.

⁷¹ Cfr. Colangelo, (2023), p.540.

⁷² Colomo (2020), p. 4.

⁷³ Colomo (2020), p. 10.

no sistema da UE. A prática decisória do TFUE deixou claro que “a produção de uma empresa de acordo com as suas próprias necessidades não constitui, em si, um ato anormal de concorrência”⁷⁴⁻⁷⁵. “De facto, só em circunstâncias verdadeiramente excecionais é que se pede às empresas que alterem o seu modelo de negócio e/ou a conceção dos seus produtos para acomodar a rivalidade”⁷⁶.

Em terceiro lugar, se considerarmos o panorama empresarial mais vasto, torna-se evidente que o *self-preferencing* é uma prática comum. Veja-se o exemplo dos supermercados que promovem frequentemente os seus próprios produtos de marca, em detrimento dos dos seus concorrentes, não porque detenham uma posição dominante, mas pelo simples facto de ser a estratégia que se alinha com os seus objetivos fundamentais de maximização do lucro e a retenção de clientes⁷⁷. Ou o exemplo do contrato de franquia, tipo de contrato legal de distribuição onde são frequentemente incluídas obrigações de fornecimento exclusivo (“*tied arrangements*”) que exigem que os franqueados adquiram produtos a fornecedores específicos⁷⁸, embora esta imposição possa parecer restritiva, o sucesso deste modelo de negócio depende única e exclusivamente da manutenção de padrões de qualidade e uniformidade, que facilita o reconhecimento da marca pelo consumidor.

O *self-preferencing* é também uma prática que permite gerar vantagens pró-competitivas ao melhorar o funcionamento dos mercados, só sendo possível beneficiar de certos efeitos positivos, como o desenvolvimento de um novo modelo de negócio, se forem permitidas certo tipo de práticas, como é o exemplo, do caso *TomTom/Tele Atlas*⁷⁹⁻⁸⁰. Sumariamente, a *TomTom* propôs a aquisição da *Tele Atlas* com o objetivo de obter o controlo direto de um importante fornecedor de dados de mapas digitais, *Tele Atlas*. Apesar do receio quanto a potenciais efeitos anticoncorrenciais, tais como aumento dos preços, menor inovação e a uma escolha limitada no mercado dos mapas digitais e dos dispositivos de navegação,

⁷⁴ Comissão (1989), *Filtrona c. Tabacalera*, 08.05.1989.

⁷⁵ Colomo (2020), p. 13.

⁷⁶ Colomo (2021), parag. 9.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Colomo (2020), p. 15.

⁷⁹ Comissão Europeia, Decisão COMP/M.4854 *TomTom/Tele Atlas*, 14.05.2008.

⁸⁰ Colomo (2020), p.14.

a Comissão aprovou a concentração considerando que existiam ainda amplas pressões concorrenciais, nomeadamente a presença de fornecedores alternativos de mapas e o potencial de entrada de outros intervenientes no mercado. Esta medida assegurou o acesso preferencial da *TomTom* aos dados cartográficos e permitiu-lhe uma melhor adaptação dos seus produtos.

Todavia, ainda que se reconheçam as evidentes vantagens pró-concorrenciais, acima enunciadas, que decorrem do *self-preferencing*, é impossível ignorar as deficiências inerentes ao conceito como uma categoria, dada a sua natureza ampla e imprecisa. A ausência de limites claros e a sua propensão para englobar uma variedade de práticas, que diferem significativamente entre si e relativamente às quais já existem categorias legais bem estabelecidas na jurisprudência e na doutrina, desafiam a aplicação desta categoria jurídica⁸¹. O termo em questão carece de especificidade, servindo como um “guarda-chuva” que abrange várias práticas adotadas por empresas dominantes para favorecer os seus produtos ou serviços, em detrimento dos oferecidos pelos concorrentes.

A sobreposição do *self-preferencing* com outras categorias legais pré-existentes leva à necessidade de uma reflexão: qual a necessidade, se é que existe, de introduzir uma nova categoria quando os quadros legais estabelecidos já abordam condutas semelhantes, embora sob designações distintas?⁸² Desta questão decorrem vários problemas. Por um lado, a adoção desta nova *theory of harm* permite uma flexibilidade considerável para contornar normas jurídicas, cumprimento de requisitos e encargos probatórios necessários para fundamentar as práticas anticoncorrenciais tradicionais⁸³. Por outro lado, a aplicação arbitrária deste conceito a algumas práticas, enquanto se excluem outras, cria incerteza e torna difícil estabelecer um critério jurídico adequado para categorizar tal comportamento.

Ao categorizar o *self-preferencing* como uma categoria autónoma existem vários tipos de práticas que poderiam aqui ser enquadrados, devido à sua natureza

⁸¹ Colomo (2020), p. 4.

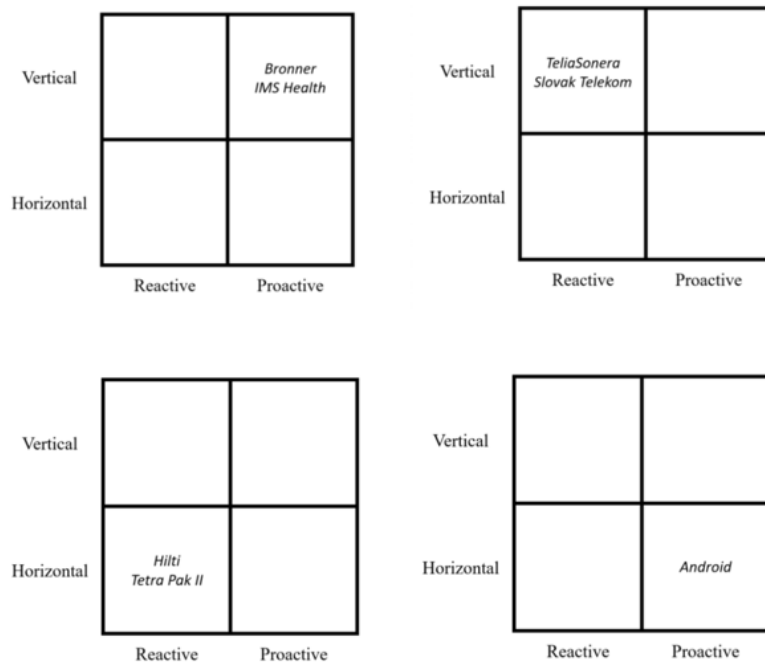
⁸² *Ibid.*, p.24.

⁸³ Colangelo, 2023, p.16.

multifacetada, como a recusa de negociar, as estratégias de venda subordinada e agrupada, a compressão de margens, a discriminação, entre outras. Estas práticas podem ser confundidas dado que todas elas envolvem uma empresa dominante que utiliza o seu poder de mercado para dar aos seus próprios produtos ou serviços uma vantagem competitiva, que pode não advir do mérito, prejudicando os seus concorrentes.

Tradicionalmente, existem duas variáveis principais para estabelecer a categoria jurídica da prática em causa: a relação entre os produtos, que pode ser horizontal ou vertical, e a natureza da intervenção necessária para pôr termo à infração, que pode ser reativa (eficazmente resolvida através de uma obrigação de cessar e desistir) ou proativa (as intervenções deste tipo podem ser de natureza comportamental, como a alteração do modelo de negócio de uma empresa ou a alteração do *design* de um produto, ou de natureza estrutural).

Figura 2: Variedades de casos de self-preferencing



Fonte: Colomo, 2020, pp. 21-24

A título de exemplo, se atentarmos à figura apresentada, percebemos que, na prática, com a categorização do *self-preferencing* como uma categoria autónoma todos estes casos poderiam consubstanciar uma prática de *self-preferencing*, independentemente das variáveis específicas de cada caso.

- a) Relativamente à recusa de fornecimento⁸⁴ remete-se para o sub-capítulo 3.2, onde se referem explicitamente as dificuldades que podem advir da tentativa de distinção entre os dois conceitos.
- b) Quanto a práticas discriminatórias⁸⁵, o artigo 102.º, alínea c) do TFUE prevê expressamente a proibição das empresas aplicarem condições desiguais a prestações equivalentes, ao aplicar condições mais favoráveis aos seus próprios serviços colocam os concorrentes numa situação de desvantagem concorrencial.
- c) A estratégia de venda subordinada e agrupada⁸⁶, que se traduz na situação de uma empresa dominante alavancar a sua posição no mercado através da associação ou agrupamento de produtos, poderá conduzir a um encerramento anticoncorrencial dos mercados.
- d) Por fim, os casos em que existe uma subordinação⁸⁷, que inclui uma relação horizontal entre os dois produtos, mas que exigiriam a administração de soluções proativas que alterassem a conceção de um produto e/ou o modelo comercial de uma empresa.

Desta forma, demonstra-se que o direito da concorrência tem a capacidade de avaliar estas condutas utilizando a jurisprudência tradicional⁸⁸, o que coloca em causa o valor acrescentado do reconhecimento do *self-preferencing* como uma categoria legal autónoma⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. *Bronner* (n.13) e *IMS Health* (n.30).

⁸⁵ Cfr. Comissão Europeia, AT.39523, *Slovak Telekom*, 15.10.2014 e Tribunal de Justiça, caso C-52/09, *TeliaSonera*, 17.02.2011.

⁸⁶ Cfr. Tribunal de Primeira Instância, Caso T-30/89, *Hilti*, 12.12.1991 e Tribunal de Primeira Instância, Caso T-83/91, *Tetra Pak*, 06.10.1994.

⁸⁷ Cfr. Tribunal Geral, processo T-604/18, *Google Android*, 14.09.2022.

⁸⁸ Colomo (2020), pp.16-26.

⁸⁹ *Ibid.*, p.26.

Não obstante, as principais críticas ao *self-preferencing*, tal como elaborado no caso *Google Shopping*, decorrem não da possibilidade de existir uma nova categoria legal, mas sim da dificuldade em aceitar a sua novidade. A Comissão e o TG pecaram por não identificar claramente o teste legal e os seus limites claros, necessários para distinguir o *self-preferencing* de outras práticas tradicionais de alavancagem utilizadas para determinar violações do artigo 102.º do TFUE⁹⁰. A Comissão limitou-se a reconhecer formalmente o *self-preferencing* como uma teoria jurisprudencial, bem estabelecida e independente, dispensando a necessidade de delinear um novo critério jurídico. O TG, apesar de ter caracterizado o *self-preferencing* como uma forma de discriminação, sublinhando a importância de fatores específicos para avaliar os seus possíveis impactos anticoncorrenciais, utilizou critérios que parecem estar estreitamente ligados às circunstâncias únicas dos motores de pesquisa. A sensibilidade destes critérios às particularidades do caso contraria a ideia de uma aplicação generalizada do *self-preferencing* como uma categoria autónoma e independente de abuso⁹¹.

Conclui-se, assim, que a emergência do *self-preferencing* como uma nova *theory of harm*, desafia os limites delineados no artigo 102.º do TFUE⁹². Não se percebe qual seria o objetivo do TG, seria introduzir uma regra geral, que abrangesse todas as práticas discriminatórias de empresas dominantes?⁹³ Ou, pelo contrário, condenar a grande tecnológica por esta conduta específica? Idealmente, seria preferível uma qualificação jurídica mais clara da conduta em causa e um reconhecimento transparente, caso seja essa a opção, do afastamento da jurisprudência anterior. Aguarda-se pela decisão do TJ, em sede de recurso.

4.3 Uma nova era?

4.3.1. Os desafios da economia digital

As características únicas da economia digital facilitam o aparecimento de empresas com grande poder de mercado, que se consolidam rapidamente em

⁹⁰ Jones e Sufrin (2023), pp.552-556.

⁹¹ Colangelo (2023), pp. 546-548.

⁹² Deustcher (2021), p. 1360.

⁹³ Cfr. Lindeboom (2022), pp.8-9.

posições de domínio, e complicam, em larga escala, a análise do direito da concorrência.

Se, por um lado, a flexibilidade inerente às principais regras da concorrência, muitas vezes comparadas a “caixas mágicas”⁹⁴, como os artigos 101.º e 102.º, permite a sua adaptação para fazer face a novas formas de conduta desleal das empresas⁹⁵; por outro, à medida que a economia digital se continua a expandir, certos aspetos do quadro convencional do direito da concorrência podem não ser tão eficazes, como se comprova com o número substancial de processos instaurados pela CE contra os principais operadores digitais como a Apple, Facebook, Amazon e a Microsoft, em diversos segmentos de mercado. São disso exemplo as decisões Google, que abrangem uma vasta gama de sectores: motores de pesquisa em linha e serviços de comparação de preços⁹⁶, sistemas operativos móveis e aplicações de *software* para *smartphones*⁹⁷, serviços de publicidade⁹⁸, etc.⁹⁹. O que une estas atividades, aparentemente díspares, é o modelo de negócio fundamental da Google, definido por Wu como um “corretor de atenção”, isto é, a Google “trata de atrair a atenção oferecendo algo ao público (entretenimento, notícias, serviços gratuitos, etc.) e subsequentemente revende essa atenção aos anunciantes”¹⁰⁰. Estas ações de execução contra a Google parecem ter marcado uma nova era de controlo regulamentar das grandes empresas de tecnologia na UE¹⁰¹.

Entende-se aqui que muitos sectores da economia digital se caracterizam, atualmente, por uma sub-regulamentação. Este défice regulamentar resulta de uma combinação de fatores, em primeiro lugar, as naturezas dinâmicas e inovadoras dos modelos de negócio dos serviços digitais ultrapassaram os quadros regulamentares existentes, sobretudo se tivermos em conta que alguns modelos de negócios digitais parecem ter sido concebidos para escapar

⁹⁴ Jones e Sufrin (2023), p. 1212.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Google Shopping* (n.20).

⁹⁷ Comissão Europeia, Decisão AT.40099, *Google Android*, 18.07.2018.

⁹⁸ Comissão Europeia, Decisão AT.40411, *Google Search (AdSense)*, 20.03.2019.

⁹⁹ Jones e Sufrin (2023), p.1212.

¹⁰⁰ Wu (2019), p.772.

¹⁰¹ Jones e Sufrin (2023), pp.1212-1214.

intencionalmente à supervisão regulamentar convencional; em segundo lugar, os decisores políticos têm, por vezes, favorecido uma política de contenção regulamentar, receando que uma intervenção excessiva possa asfixiar a inovação¹⁰².

Assim, a resolução de questões jurídicas na economia digital apresenta vários desafios, um dos quais a morosidade na tomada de medidas. Este desafio, como salientam Jones e Sufrin, decorre da natureza complexa das investigações no domínio da economia digital, normalmente, “*as autoridades da concorrência têm de se familiarizar o melhor possível com a dinâmica de um sector complexo; têm de efetuar uma análise exaustiva para definir os mercados relevantes e avaliar o poder de mercado; e, até, por vezes, construir inovadoras theories of harm que possam resistir aos recursos, quase inevitáveis, contra as suas conclusões. Por este motivo, é essencial reconhecer que na economia digital a aplicação atempada e eficaz é crucial para manter os mercados abertos e competitivos*”.¹⁰³ Outras dificuldades emergentes relacionam-se com a definição de conceitos base para a aplicação da legislação da UE em matéria de concorrência, como a noção de “mercado relevante”, que pode perder alguma da sua relevância no âmbito digital e a noção de “quota de mercado”, que não se parece adequar facilmente a produtos ou serviços gratuitos, num modelo de preço zero¹⁰⁴.

Ademais, foram manifestadas preocupações quanto à eficácia das medidas corretivas impostas nos mercados digitais, são elas: o desfasamento entre as medidas corretivas e a conduta identificada, o que poderá conduzir a uma aplicação ineficaz que não resolve adequadamente os problemas de concorrência subjacentes; a falta de adaptação das medidas corretivas às condições de mercado, de forma a que possam responder prontamente às inovações e às mudanças nas estruturas do mercado; a atribuição institucional inadequada de tarefas relacionadas com a identificação de problemas, mesmo uma autoridade bem posicionada para identificar os problemas e conceber as

¹⁰² Jones e Sufrin (2023), p.1212.

¹⁰³ *Ibid.*, p.1227.

¹⁰⁴ Cfr. Jones e Sufrin (2023), pp.1219-1223.

medidas corretivas pode ser inadequada para supervisionar a sua aplicação; os riscos de aplicação incorreta das medidas corretivas, se, por um lado, as medidas corretivas restritas podem ser insuficientes para resolver as distorções mais drásticas do mercado, por outro, as medidas corretivas demasiado amplas podem ser desproporcionadas em relação aos danos identificados, impondo encargos excessivos aos participantes e possivelmente asfixiando a inovação e a concorrência do mercado; por fim, a identificação de comportamentos problemáticos, que são muitas das vezes complexos, coloca desafios significativos à conceção e aplicação de medidas corretivas eficazes, nomeadamente quando existem acentuadas assimetrias de informação¹⁰⁵.

A ilustração perfeita destes problemas enunciados é o caso em apreço. No *Google Shopping*, decorreu um período de sete anos entre as primeiras denúncias e a decisão final sobre a infração, o que exemplifica a natureza prolongada dos processos que envolvem a economia digital. Existiu, ainda, a necessidade da CE aplicar uma nova *theory of harm* para considerar o comportamento em causa, levantando preocupações de segurança jurídica, justiça e, conseqüentemente, possibilitando a anulação da decisão no recurso pelo TJUE, deixando o comportamento impune e prejudicando a reputação e a moral, quer da Comissão, quer do TG.

Neste contexto, também a medida corretiva aplicada no caso, que exigia que a Google implementasse o tratamento igualitário relativamente aos diversos serviços de comparação de preços e o seu próprio serviço não pareceu ter o resultado desejado. O sistema da Google baseado em leilões, em que qualquer pessoa, incluindo a própria unidade comercial de compras da Google, licita anúncios de produtos no topo da página, tem sido continuamente criticado pelos concorrentes e estão em curso investigações sobre potenciais processos por infração¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. Lancieri e Pereira Neto (2021), pp. 3-4, pp.34-39, pp.46-49.

¹⁰⁶ Autoridade da Concorrência, Comunicado 18/2022, (2022), *Investigação da AdC à Google passa para a Comissão Europeia*.

Assim, embora o quadro convencional do direito da concorrência da UE permita a aplicação das suas normas enfrenta desafios que podem atrasar substancialmente, ou mesmo inibir, a aplicação efetiva das regras de concorrência. O reconhecimento crescente de que os mercados digitais exigem uma intervenção mais abrangente suscitou debates controversos sobre as políticas de concorrência e iniciativas legislativas ambiciosas na UE, concluindo-se que uma regulamentação específica sectorial poderia revelar-se mais adequada para assegurar que os mercados digitais permanecessem abertos, competitivos e equitativos. Assim, surgiu o Regulamento dos Mercados Digitais - o *Digital Markets Act* (“DMA”)¹⁰⁷ -, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital, que se destina a proporcionar a necessária supervisão nos mercados digitais.

4.3.2. O “Digital Markets Act”

O novo regulamento, plenamente aplicável desde dia 2 de maio de 2023, pretendeu pôr termo às consequências negativas decorrentes de certos comportamentos das empresas que atuam como controladoras de acesso (*gatekeepers*), no que respeita à prestação de vários serviços essenciais de plataforma (*core platform services*), no mercado único da UE.

Segundo o DMA, para se ser considerado um *gatekeeper* é necessário constituir uma importante porta de entrada entre os utilizadores empresariais e os consumidores - cuja posição pode conferir-lhes o poder de atuar como um “legislador privado”, criando assim um estrangulamento na economia digital. Existem três critérios cumulativos principais¹⁰⁸ que fazem com que uma empresa se enquadre neste conceito e passe a estar sujeita a uma lista de obrigações *ex ante*, incluindo a proibição de determinados comportamentos.

¹⁰⁷ Parlamento Europeu e Conselho, Regulamento (UE) 2022/1925.

¹⁰⁸ DMA, artigo 3.º: “1. Uma empresa é designada como controlador de acesso se: a) Tiver um impacto significativo no mercado interno; b) prestar um serviço essencial de plataforma que constitui uma porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais; e c) Beneficiar de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou se for previsível que possa a vir beneficiar de tal posição num futuro próximo.”

No passado dia 6 de setembro de 2023, a *Alphabet* foi considerada pela CE uma *gatekeeper*, sendo o serviço *Shopping* um dos serviços essenciais de plataforma e terá, o mais tardar, até 6 de março de 2024 para cumprir os requisitos do DMA.

O DMA visa complementar a aplicação do direito primário da concorrência¹⁰⁹, contudo, tem um objetivo jurídico diferente das regras concorrenciais: assegurar mercados disputáveis e equitativos onde quer que os controladores de acesso operem, independentemente dos seus efeitos reais, potenciais ou presumíveis, sobre a concorrência em mercados específicos¹¹⁰. Esta diferenciação sublinha a natureza única da abordagem regulatória do DMA, que não se concentra apenas na concorrência tal como definida nos quadros concorrenciais tradicionais, mas opera em situações específicas relacionadas com a conduta unilateral dos controladores de acesso. Por um lado, a disputabilidade diz respeito à “capacidade das empresas para superar efetivamente as barreiras à entrada e expansão e competir com o controlador de acesso com base nos méritos dos seus produtos e serviços”¹¹¹. Por outro lado, a não equidade diz respeito “a um desequilíbrio entre os direitos e as obrigações dos utilizadores profissionais que confira uma vantagem desproporcionada ao controlador de acesso.”¹¹². Um resultado equitativo é, por conseguinte, aquele em que os participantes têm “a capacidade para colher de forma adequada os benefícios resultantes dos seus esforços de inovação ou de outro tipo”. Estes objetivos estão “interligados” e as obrigações específicas previstas nos artigos 5.º a 7.º podem visar ambos os objetivos¹¹³.

As obrigações previstas nos artigos 5.º e 6.º abrangem um vasto leque de práticas comerciais que os controladores de acesso poderiam potencialmente utilizar de forma desleal ou anticoncorrencial, muitas das quais identificadas em processos anteriores levados a cabo pela CE ou por uma ANdC, ou identificadas como problemáticas em relatórios sobre a concorrência

¹⁰⁹ DMA, artigo 1.º.

¹¹⁰ DMA, considerandos 5, 10 e 11.

¹¹¹ DMA, considerando 32.

¹¹² DMA, considerando 33.

¹¹³ DMA, considerando 34.

digital¹¹⁴, incluindo proibições explícitas sobre o comportamento que constitui a *theory of harm* no *Google Shopping*¹¹⁵.

É inquestionável que as obrigações delineadas no DMA abordam muitas das mesmas questões que o artigo 102.º do TFUE, no que diz respeito às grandes plataformas digitais¹¹⁶. Ainda no contexto do caso *Google Shopping*, o TG argumentou que “concorrência não distorcida” é essencialmente sinónimo de “concorrência leal”, sugerindo um alinhamento fundamental destes conceitos. Da mesma forma, a definição de “disputabilidade” do DMA parece ser consistente com a essência da “concorrência como tal”¹¹⁷. Esta distinção (ou falta dela) tem um significado prático, especialmente no que diz respeito à evolução da relação entre o DMA e o direito da concorrência existente. Vejamos o exemplo relativo ao *self-preferencing*, presente no artigo 6.º/5 do DMA, esta proibição está construída de forma a exigir que as plataformas de controlo de acesso se abstenham de classificar os seus próprios serviços de forma mais favorável, independentemente de os serviços concorrentes serem despromovidos. Assim, se o *Shopping* for interpretado como prescrevendo cumulativamente a promoção e a despromoção - dois elementos caracterizadores do abuso de *self-preferencing* - surgiria um cenário em que o âmbito do artigo 6.º, n.º5 do DMA é mais abrangente, dado que não prevê a necessidade de despromoção, do que o *self-preferencing*, previsto no artigo 102.º. Logo, tal como referem Jones e Sufrin, coloca-se a questão de saber se “o artigo 102.º do TFUE continua a ser uma ferramenta útil e necessária para policiar o *self-preferencing* digital, pelo menos por parte das maiores plataformas”, já abrangidas pelo DMA¹¹⁸.

Importa em todo o caso distinguir, o DMA procura impedir que os controladores de acesso adotem um comportamento *ex ante* que, em muitos casos, também seria qualificado como um abuso de posição dominante se avaliado nos termos do artigo 102.º do TFUE, *ex post*. Em particular, o DMA

¹¹⁴ Jones e Sufrin (2023), p.1237.

¹¹⁵ DMA, artigo 6.º/5.

¹¹⁶ Jones e Sufrin (2023), p.1244.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Ibid.*, p.556.

adota uma posição mais pró-ativa, penalizando os controladores de acesso por se envolverem nestas práticas, independentemente das suas atividades operacionais e do seu impacto real na concorrência, o que contraria a abordagem tradicional baseada nos efeitos. No caso *Google Shopping* diz-se expressamente que “a qualificação de abuso de posição dominante não pode ser adotada sem que seja feita a demonstração de um efeito anticoncorrencial, pelo menos de um efeito anticoncorrencial potencial”¹¹⁹. A abordagem do DMA elimina não só a necessidade de tal avaliação, mas também a possibilidade de justificar um comportamento com base em potenciais ganhos de eficiência ou no argumento de que este tem efeitos positivos globais sobre a concorrência¹²⁰. Ou seja, nos termos do DMA, “os controladores de acesso podem ser considerados em situação de incumprimento das suas obrigações pelo simples facto de se envolverem nas práticas proibidas, sem necessidade de demonstrarem sequer que essas práticas impedem uma concorrência efetiva”¹²¹. Aliás, como menciona Einfert, as obrigações impostas pelo DMA “não reagem a um dano específico, mas a características especiais dos mercados digitais, abrangendo assim configurações que estariam dentro ou fora dos limites do direito da concorrência; é suposto funcionarem de forma proativa e garantirem condições de concorrência (mais) equitativas”¹²².

Estas obrigações foram concebidas para serem, em grande medida, auto-executáveis, cabendo aos próprios controladores de acesso a responsabilidade de assegurar e demonstrar o seu cumprimento¹²³. Devem ser aplicadas medidas eficazes para garantir o cumprimento, incluindo a criação de uma “função de verificação do cumprimento”¹²⁴ na organização do controlador de acesso, que é independente das suas atividades operacionais. Esta função coopera estreitamente com a CE no cumprimento dos requisitos do DMA. A CE é a única entidade responsável pela aplicação de coimas e sanções, ainda

¹¹⁹ *Google Shopping* (n.20) parag. 438.

¹²⁰ Jones e Sufirin (2023), p.1237.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Einfert, (2021), p.1004.

¹²³ DMA, artigo 8.º/1.

¹²⁴ DMA, artigo 28.º/1.

que em estreita cooperação com as ANdC dos EMs da UE¹²⁵. No entanto, fica a dúvida de saber se a CE disporá dos recursos e capacidades necessárias para fazer cumprir efetivamente as obrigações o DMA.

Apesar das disposições presentes no DMA, existe alguma incerteza quanto à articulação do DMA com o direito da concorrência, nomeadamente preocupações sobre a potencial sobreposição de regimes e, conseqüentemente, a problemática da duplicação das sanções para o mesmo comportamento. Foram ainda suscitadas diversas preocupações quer quanto à abordagem quantitativa para a designação de controladores de acesso, a (ir)relevância dos efeitos anticoncorrenciais o que se poderá traduzir num excesso de inclusão, a ausência de qualquer defesa da eficiência, o risco de impedir que estes controladores de acesso adotem práticas de mercado inovadoras e o facto de o âmbito do DMA não abranger todas as questões digitais emergentes, deixando potenciais lacunas regulamentares, por exemplo a IA¹²⁶.

Em conclusão, ainda que o DMA represente um afastamento substancial do direito da concorrência tradicional, introduzindo uma nova abordagem regulamentar adaptada às complexidades dos mercados digitais, a sua eficácia e adaptabilidade ao cenário digital permanece incerta e só será comprovada quando surgirem resultados práticos da sua aplicação.

5. Conclusão

A era digital marca uma nova era do direito da concorrência, com as plataformas digitais na vanguarda da transformação económica. O caso *Google Shopping*, tal como explorado neste trabalho, é um testemunho da sua evolução, sublinhando os desafios únicos colocados pelas plataformas digitais, que operam a vários níveis da cadeia de valor e detêm um poder significativo sobre a dinâmica do mercado, distinguindo-se das empresas tradicionais.

¹²⁵ Ainda que tanto os tribunais nacionais como as ANdC dos EMs estejam proibidos de tomar decisões que contradigam as adotadas pela Comissão, ao abrigo do DMA.

¹²⁶ Cfr. Jones & Sufrin (2023), pp. 1245-1247

Com este trabalho pretendeu-se aprofundar os meandros do caso *Google Shopping*, procedendo à análise da decisão da CE, dissecando o comportamento abusivo identificado, a lógica subjacente e as justificações da Google. Em seguida, procedeu-se a um exame da decisão do Tribunal Geral, destacando os principais argumentos e princípios jurídicos que surgiram, incluindo o efeito de alavanca e a recusa de aplicação da jurisprudência *Bronner*, oferecendo uma visão crítica e lançando luz sobre as implicações mais amplas para o direito da concorrência da UE.

Embora o caso *Google Shopping* tenha criado um precedente significativo, assinalando uma mudança do paradigma e uma reinterpretação evolutiva do artigo 102.º do TFUE, ele abre caminho a mais diálogo e investigação e leva-nos a refletir sobre a evolução do direito da concorrência na era digital, nomeadamente após a adoção do Regulamento dos Mercados Digitais da UE, que realça a natureza adaptativa dos quadros jurídicos em resposta ao dinamismo da economia digital.

Ao olharmos para o futuro, é imperativo que os organismos reguladores e os decisores políticos trabalhem de forma constante para promover um ambiente que não só restrinja as práticas anticoncorrenciais, mas também estimule a inovação e salvguarde os interesses dos consumidores. Para tal, é necessário um equilíbrio que impeça a manipulação do mercado e, ao mesmo tempo, incentive as plataformas digitais a continuarem a ser percursoras da inovação.

Referências bibliográficas

- Botelho Moniz, C. (coord.) (2016). *Lei da Concorrência Anotada*. Almedina
- Bougette, P., Gautier, A., & Marty, F. (2022). Business Models and Incentives: For an Effects-Based Approach of Self-Preferencing? *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(2), 136-143. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac005>
- Colangelo, G. (2023). Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing. *GRUR International*, 72(6), 538–556, <https://doi.org/10.1093/grurint/ikad023>
- Deutscher, E. (2021). Google Shopping and the Quest for a Legal Test for Self-preferencing Under Article 102 TFEU. *European Papers*. <https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/google-shopping-quest-for-legal-test-for-self-preferencing>
- Eifert, M., Metzger, A., Schweitzer, H., & Wagner G. (2021). Taming with the giants: The DMA/DSA package. *Common Market Law Review*, 58(4), 987 – 1028 <https://doi.org/10.54648/cola2021065>
- Gorjão Henriques, M. (2013). *Lei da Concorrência Comentário Conimbricense*. Almedina
- Hornkohl, L., (2022). Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping. *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, special issue. <https://ssrn.com/abstract=3992339>
- Ibáñez Colomo, P. (2016). Restrictions on Innovation in EU Competition Law. *European Law Review*, 41. <https://ssrn.com/abstract=2699395>
- Ibáñez Colomo, P. (2019). Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(9), 532-551. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz077>

- Ibáñez Colomo, P. (2020). Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles. *Forthcoming in (2020) 43 World Competition*.
<https://ssrn.com/abstract=3654083>
- Ibáñez Colomo, P. (2021). The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU. *Chillin'Competition*
<https://chillingcompetition.com/2021/11/10/the-general-court-in-case-t%E2%80%91612-17-google-shopping-the-rise-of-a-doctrine-of-equal-treatment-in-article-102-tfeu/>
- Ibáñez Colomo, P. (2022). Google Shopping: A Major Landmark in EU Competition Law and Policy. *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(2). 61-62.
<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac013>
- Khan, L. M. (2019). The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, 119(4), 973-1098. <https://www.jstor.org/stable/26632275>
- Lancieri, F., & da Silva Pereira Neto, C. M. (2021). Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. *Journal of Competition Law & Economics*, 18(3), 613-669. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab022>
- Lindeboom, J. (2022). Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on *Google Shopping*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(2), 63–74. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac008>
- Monti, G. (2021). The General Court's Google Shopping Judgment and the scope of Article 102 TFEU. *SSRN*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3963336>
- Sufrin, B., Dunne, N., & Jones, A. (2023). *EU Competition Law: Text, Cases, And Materials*. 8th. ed., Oxford University Press
- Wu, T. (2019). Blind Spot: The Attention Economy and the Law, 82 ANTITRUST L. J. 771. *Columbia Law School, Scholarship Archive*.
https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2029

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção), 17 de fevereiro de 2011. Processo C-52/09, EUR-Lex - 62009CJ0052 – PT. ECLI:EU:C:2011:83 *Konkurrensverket c TeliaSonera Sverige*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0052>

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), 29 de abril de 2004. Processo C-418/01. EUR-Lex - 62001CJ0418 - PT. EU:C:2004:257. *IMS Health GmbH & Co. OHG*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0418>

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), 3 de julho de 1991. Processo C-62/86, EUR-LEX-61986CJ0062- PT. EU:C:1991:286. *Akzo c. Comissão*. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:4905ac67-5a02-44a0-ae93-7724be6073b0.0009.02/doc_2&format=pdf

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), 3 de outubro de 1985. Caso 311/84 *Centre belge d'études de marché - Télémarketing v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion and Information publicité Benelux*, EUR-Lex - 61984CJ0311 – PT. EU:C:1985:394. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0311>

Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção), 26 de novembro de 1998. Processo C-7/97. EUR-Lex - 61997CJ0007 – PT. EU:C:1998:569. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG*. eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0007

Acórdão do Tribunal de Justiça, 6 de março de 1974. Processos 6/73 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation c. Comissão*, EUR-Lex - 61973CJ0006 – PT. EU:C:1974:18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61973CJ0006>

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Grande Secção), 17 de setembro de 2007. Processo T-201/04, EUR-Lex - 62004TJ0201 – PT. EU:T:2007:289. *Microsoft Corp* c *Commission*. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_3.pdf

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda secção), 6 de outubro de 1994. Caso T-83/91, EUR-Lex - 61991TJ0083 – PT. EU:T:1994:246, *Tetra Pak International SA* c *Commission* (*Tetra Pak II*). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991TJ0083>

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção), 12 de dezembro de 1991. Case T-30/89, EUR-Lex - 61989TJ0030 – PT, EU:T:1991:70, *Hilti AG* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61989TJ0030>

Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção alargada), 10 de novembro, 2021. Processo T-612/17. EUR-Lex - 62017TJ0612 – PT. EU:T:2021:763. *Google Shopping* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A62017TJ0612>

Acórdão Do Tribunal Geral (Sexta Secção alargada), 14 de setembro de 2022. Processo T-604/18, EUR-Lex - 62018TA0604 – PT. *Google Android*. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=265421&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3628689>

Comissão Europeia, 15 de outubro de 2014. Case AT.39523. *Slovak Telekom*. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39523/39523_5272_13.pdf

Comissão Europeia, 24 de maio de 2006. Processo COMP/C-3/37.792 EUR-Lex - 32007D0053 – PT. *Microsoft*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007D0053>

Commission Decision, 14 May 2008, No COMP/M.4854. *Tomtom/Tele Atlas*.
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4854_20080514_20682_en.pdf

European Commission Competition (2017). CASE AT.39740 Google Search (Shopping) Antitrust Procedure. Council Regulation (EC) 1/2003. C(2017) 4444 final Commission decision of 27.6.2017.
https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

Jornal Oficial da União Europeia (2008). *Relatório final do auditor no processo COMP/M.4854 — TomTom/Tele Atlas*. [c_23720080916pt00070007.pdf \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2008/01/20080916pt00070007.pdf)

União Europeia (2 de setembro de 2010). *Conclusões do Advogado-Geral Ján Mazák*. Processo C-52/09. ECLI:EU:C:2010:483. EUR-Lex - 62009CC0052 – PT.
[https://Eur-Lex.Europa.Eu/Legal-Content/PT/TXT/HTML/?Uri=CELEX:62009CC0052](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62009CC0052)

União Europeia. (24 de janeiro de 1989). *Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 24 de Janeiro de 1989*. ECLI:EU:C:1989:28. EUR-Lex - 61985CC0341 - PT. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61985CC0341>

União Europeia. (28 de maio de 1998). *Conclusões do advogado-geral Jacobs*. ECLI:EU:C:1998:264. EUR-Lex - 61997CC0007 - PT. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CC0007&qid=1696440141483>

Legislação

Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 - *Regulamento dos Mercados Digitais*.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_89_330

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE (1992).
https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF

Outras fontes

Autoridade da Concorrência (22 de setembro de 2022). *Investigação da AdC à Google passa para a Comissão Europeia*. Comunicados. Autoridade da Concorrência:
https://www.concorrenca.pt/pt/artigos/investigacao-da-adc-google-passa-para-comissao-europeia_c_23720080916pt00070007.pdf (europa.eu)

Comissão Europeia (8 de maio de 1989). *Commission decides not to oppose the production by tabacalera of its own cigarette filters*. Press release. Brussels. Press corner: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_89_330

Crémer, J., Montjoye Y.-A., & Schweitzer, H., (4 de abril de 2019). *Competition Policy For The Digital Era*
<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

European Commission (05 September de 2023). *Digital Markets Act (DMA). Gatekeepers*. <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/gatekeepers>

European Commission (06 de September de 2023). *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*. Press release. Brussels. Press corner: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_4328

European Commission (17 de June de 2017). *Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service - Factsheet*. Memo 27 June 2017. Brussels. Press corner: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1785

European Commission (31 de October de 2022). *Digital Markets Act: rules for digital gatekeepers to ensure open markets enter into force*. Press release. Brussels. Press corner: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6423
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN)