



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

**A Problemática dos Efeitos de Rede e de  
Aprisionamento no contexto do Abuso de  
Posição Dominante Europeia**

João de Azevedo Dias

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2018



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**ESCOLA DO PORTO**

# **A Problemática dos Efeitos de Rede e de Aprisionamento no contexto do Abuso de Posição Dominante Europeia**

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização de Direito da Empresa e dos Negócios, apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção de grau de Mestre por João de Azevedo Dias, sob orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Sofia Oliveira Pais.

outubro de 2018

*“A small initial deviation from the truth multiplies itself ten-thousandfold as the argument proceeds”*

Aristóteles

## **Agradecimentos**

À minha Orientadora, Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, pela disponibilidade, paciência e partilha incomensurável de conhecimentos, que tanto me permitiram crescer – tanto pessoal, como academicamente.

À minha Mãe, o meu maior exemplo de dedicação e sacrifício, a quem devo tudo aquilo que sou e que tenho vindo a conquistar.

À minha Irmã, que sempre foi – e será – uma das peças mais importantes da minha existência, neste e em qualquer projeto.

Aos meus Amigos, por terem acreditado em mim e neste trabalho, assim como pela força anímica que me transmitiram em todos os momentos deste percurso.

À minha Avó, cuja bondade inesgotável assumiu um papel determinante em todo o caminho que tenho vindo a percorrer.

Ao meu Avô, que partiu pouco antes da entrega desta Dissertação e a quem a dedico: por ser o Homem que me ensinou a sê-lo, pelos seus 84 anos de amor incondicional, pela luz terna e acolhedora que emanou do primeiro ao último dia. Sobretudo, pela luz que permanece e ilumina o trilho que sigo.

## Resumo

A presente Dissertação encontra-se alicerçada na problemática imposta pelos Efeitos de Rede e de Aprisionamento no contexto do Abuso de Posição Dominante Europeia, conforme prevista pelo Artigo 102.º TFUE.

O nosso estudo foca-se, fundamentalmente, nos Mercados inseridos na Nova Economia (nomeadamente, os Mercados de Tecnologia de Ponta), cujo ritmo em termos de inovação e elevado grau de mutabilidade criam uma maior propensão para que se verifique o fenómeno *The Winner Takes All Game*. É ainda estudada a recolha massiva de dados pessoais dos utilizadores de serviços de determinadas empresas, enquanto reveladora de uma posição de domínio de mercado.

O trabalho em apreço procura também escrutinar os conceitos de poder de mercado e definição de mercado no seio da Nova Economia, analisando as lacunas apresentadas pelo Teste SSNIP neste âmbito, assim como a apresentação de alternativas à sua utilização, com especial atenção à abordagem económica ou baseada nos efeitos, conforme proposta por diversos Autores, como sejam KATZ, SHAPIRO, ARTHUR, entre outros.

Através deste trabalho – e mediante uma análise doutrinal e jurisprudencial desta matéria – foi possível concluir que a abordagem económica se apresenta, em diversos aspetos, como uma boa solução para fazer face aos problemas apresentados por mercados nos quais a inovação, investimento em investigação e recolha massiva de dados pessoais se encontram no epicentro dos mesmos.

Palavras-chave: Efeitos de Rede; Efeitos de Aprisionamento; Nova Economia; Grandes Dados; Abuso de Posição Dominante; Abordagem Económica.

## **Abstract**

The following Dissertation contemplates the study of the Network and Lock in effects problematic, in the context of the Abuse of a Dominant Position, crystalized in the Article 102.º TFEU.

This work is mainly focused on the New Economy markets (namely the high technology industries), since their pace in terms of innovation and high mutability levels are the cause of “The Winner Takes All Effect”. We also analyse the massive recollection of personal data by certain companies’ services.

Also, to mention that our study aims to dissect the concepts of market power and market definition in the New Economy context. We examine the SSNIP Test flaws, exploring the available alternatives to its use, namely the economic or effects-based approach, as proposed by diverse Authors, such as KATZ, SHAPIRO, ARTHUR, SALOP, amongst others.

Through this work – and appealing to the doctrine and the jurisprudence on the issue – we were able to conclude that the economic approach presents itself, by various angles, as a fair solution to the problems created by a market whose core is innovation, R&D development and massive recollection of personal data.

Keywords: Network Effects; Lock In Effects; New Economy; Big Data; Abuse of a Dominant Position; Economic Approach.

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Cfr. – Conforme

N.º - Número

Ob. Cit. – Obra citada

P. – Página

Pp. – Páginas

TG – Tribunal Geral

TJ – Tribunal de Justiça

## Índice

1. Introdução.....	11
2. O Conceito de Nova Economia: Os Efeitos de Rede (Network Effects), e de Aprisionamento (Lock In) .....	12
2.1. O Conceito de Nova Economia .....	12
2.2. Os Efeitos de Rede ( <i>Network Effects</i> ).....	15
2.3. O Efeito de Aprisionamento ( <i>Lock In</i> ) e de dependência de escolhas passadas ( <i>Path Dependence</i> ) .....	19
3. A Questão dos Grandes Dados e a sua implicação em matéria de Efeitos de Rede e de Aprisionamento.....	21
4. O Papel do Direito da Concorrência.....	23
5. O Abuso de Posição Dominante Europeia .....	27
5.1. Noções Gerais .....	28
5.2. Os Problemas apresentados pelo Teste SSNIP nos Mercados caracterizados por Efeitos de Rede.....	29
5.3. As soluções propostas para o preenchimento das lacunas do Teste SSNIP ....	33
5.4. A abordagem económica ou baseada nos efeitos do Art. 102.º TFUE .....	35
5.5. A abordagem económica no seio das Instituições Europeias .....	38
5.5.1. As prioridades da Comissão Europeia na aplicação do Art. 102.º TFUE	38
5.5.2. A relevância do Caso <i>Intel</i> na adoção de uma abordagem económica.....	40
5.6. A abordagem económica ou baseada nos efeitos no âmbito dos Grandes Dados	45
5.6.1. O Caso <i>Google Search (Shopping)</i> .....	45
5.6.2. O Caso <i>Facebook v Bundeskartellamt</i> .....	47

6. Conclusão .....	48
7. Bibliografia.....	50

## 1. Introdução

A inovação – definida pela OCDE como o desenvolvimento e aplicação bem-sucedidos de novos conhecimentos<sup>1</sup> – é uma preocupação bastante comum nos mercados digitais, assim como é uma parte do dia a dia de um mercado que, cada vez mais, se baseia em tecnologias de ponta, tanto como meio, como como finalidade. A Nova Economia faz tocar as sirenes do Direito, mais concretamente do Direito da Concorrência, com o surgimento veloz – e geralmente inesperado – de empresas que *tomam o mercado de assalto*.

O forte investimento em investigação e um modelo de negócio que se estrutura em torno da inovação assumem uma posição mais central do que os preços nos Mercados da Nova Economia. Fala-se, inclusive, de “inovação disruptiva”, em dois sentidos distintos: em primeiro lugar, porque altera drasticamente os mercados, reduzindo ou até destruindo as quotas de mercado das empresas que já se encontram estabelecidas no mesmo (este fenómeno ocorre irregularmente e sem que tal possa ser previsto); em segundo lugar, não se encontram aqui incluídos apenas novos produtos, mas antes e também novos modelos de negócio, mutando de forma constante determinados setores<sup>2</sup>.

Posto isto, iniciaremos o nosso estudo pelo conceito de Nova Economia e pelas suas principais características, a fim de avançar para o escrutínio de conceitos essenciais a esta Dissertação, como sejam os de Efeitos de Rede e de Aprisionamento. Neste contexto, a nossa análise será mais incisiva sobre a problemática dos Grandes Dados, tida por nós como uma das principais peças da engrenagem da Nova Economia, possibilitada que é, no nosso entender, pelos referidos Efeitos de Rede.

Assim sendo, procederemos a uma análise geral do papel que a doutrina tem atribuído ao Direito da Concorrência nesta matéria, contrapondo diferentes perspetivas acerca da

---

<sup>1</sup> *Organisation for Economic Co-operation and Development (2015) – Hearing on Disruptive Innovation*. Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En), p. 2.

<sup>2</sup> *Organisation for Economic Co-operation and Development (2015) – ob. cit.* Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En), p. 2.

necessidade (e pertinência) da sua intervenção nestes mercados, fruto da sua natureza e características muito específicas – que viremos a estudar.

De seguida, após estas considerações gerais, o presente estudo incidirá de forma mais específica sobre o campo europeu, estudando a atual abordagem aos conceitos de poder de mercado e mercado relevante no seio da União Europeia. Neste contexto, serão analisadas as alternativas – mais moderadas e mais inovadoras – que são propostas face a uma abordagem formalista do Abuso de Posição Dominante, conforme plasmado no Artigo 102.º TFUE, atinente ao Abuso de Posição Dominante.

O principal propósito desta Dissertação será, assim, o estudo de uma análise mais económica do artigo 102.º TFUE, intenção que nos levará a considerar, de forma particular, os ensinamentos das novas teorias económicas, mormente as de CARL SHAPIRO, MICHAEL KATZ, BRIAN ARTHUR e STEVE C. SALOP. Em concreto, neste estudo será analisada de forma mais atenta a aplicação destes ensinamentos económicos aos conceitos de mercado relevante – e a sua determinação através do Teste SSNIP – e poder de mercado, assim como a relevância destas doutrinas em sede de determinadas indústrias, como sejam a das tecnologias de ponta (nas vertentes do *Hardware* e do *Software*) e das redes sociais.

## **2. O Conceito de Nova Economia: Os Efeitos de Rede (Network Effects), e de Aprisionamento (Lock In)**

### **2.1. O Conceito de Nova Economia<sup>3</sup>**

O conceito “Nova Economia” diz respeito a mercados caracterizados por uma rápida inovação e mudança tecnológicas<sup>4</sup>, “nos quais a concorrência surge muitas vezes como

---

<sup>3</sup> Esta é, muito frequentemente, também referida na doutrina através do termo “Economia Digital”, fruto da sua ligação com a inovação tecnológica.

<sup>4</sup> De mencionar os seguintes Mercados: comunicações, software, motores de busca, negócios baseados na internet, redes sociais, biotecnologia e aeroespacial.

uma corrida para as próximas tecnologias e em que a empresa vencedora fica com tudo (*The Winner Takes All Game*)<sup>5</sup>.

Embora seja notória a dificuldade em associar este termo a um determinado Autor – dado o seu extensivo uso na literatura – BENOIT GODIN refere que a OCDE assumiu um importante papel de promotora deste conceito, assim como dos conceitos de tecnologia de ponta, sistema nacional de inovação e economia da informação, assumindo também um papel preponderante na sua disseminação<sup>6</sup>.

Nestes Mercados, a concorrência assume-se, geralmente, como uma sequência de corridas com o intuito de desenvolver um novo produto, cujo papel será o de substituir um produto anterior, através de uma drástica inovação – processo que JOSEPH A. SCHUMPETER designa por “destruição criativa”<sup>7</sup>. Na corrida inicial, as empresas investem para desenvolver um produto que crie uma nova categoria ou para se tornarem líderes, desde cedo, numa nova categoria. Os vencedores destas corridas são recompensados com largas quotas de mercado e lucros elevados – durante um certo período de tempo – ou então, como melhor veremos, por vezes estendendo esses curtos períodos em monopólios duradouros<sup>8</sup>.

Relativamente a esta questão, parte da doutrina defende que a Nova Economia surgiu devido a um alegado aumento do ritmo de inovação sentido no mundo empresarial atual. Contudo, JONATHAN FAULL e ALI NIKPAY opõem-se a esta tese, antes entendendo tratar-se de uma questão de perspetiva: o ritmo da inovação tem tendência a parecer mais elevado no período em que nos encontramos, face a períodos anteriores. Afirmam os Autores que não há evidências sólidas que permitam comprovar a tese de que se tenha dado qualquer tipo de aceleração no ritmo dos processos de inovação, já que os indicadores tradicionais – como os níveis de produtividade – não demonstram qualquer tendência de aumento em termos de inovação<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2011) – *Entre Inovação e Concorrência: em Defesa do Modelo Europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora, p. 453.

<sup>6</sup> GODIN, BENOIT (2004) - *The New Economy: what the concept owes to the OECD*. Publicado in *Research Policy*, Vol. 33, *Issue 5* (Jul. 2004), pp. 679-690, p. 679.

<sup>7</sup> SCHUMPETER, JOSEPH (2003) – *Capitalism, Socialism & Democracy*. Londres: *Taylor & Francis e-Library*, pp. 81-86.

<sup>8</sup> EVANS, DAVID S.; SHMALENSEE, RICHARD (2002) – *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*. Disponível em <http://www.nber.org/chapters/c10784>, p. 10.

<sup>9</sup> FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI (2014) – *The EC Law of Competition*. 3.<sup>a</sup> ed., Oxford: *Oxford University Press*, p. 40.

Concordamos com esta tese. Acresce que, fruto do aumento exponencial da velocidade a que a informação é obtida, abre-se a possibilidade para que as inovações tecnológicas cheguem ao conhecimento das massas com uma muito maior rapidez. A este propósito, FAULL e NIKPAY referem o exemplo de um comboio, que sempre nos parece circular a uma velocidade menor quando se encontra a uma maior distância, por oposição à elevada velocidade que parece circular quando se encontra à nossa frente<sup>10</sup>. Não obstante, cumpre-nos também ressaltar que os Mercados inseridos nesta Nova Economia apresentam desafios inéditos ao Direito da Concorrência, conforme será explicado neste trabalho.

Segundo JONES e SUFRIN<sup>11</sup>, entre as características pelas quais se pauta esta nova economia, destacam-se: criação, exploração e utilização de Direitos de Propriedade Intelectual<sup>12</sup>; a necessidade de produtos, serviços e plataformas complementares que trabalhem em conjunto; e um nível elevado de complexidade técnica e sofisticação tecnológica<sup>13</sup>. Segundo SOFIA OLIVEIRA PAIS, podemos ainda acrescentar os grandes custos iniciais e a necessidade de formação dos consumidores (já que a complexidade dos produtos requer alguma preparação para que possam ser utilizados)<sup>14</sup>.

Por fim, chamamos à atenção para outra das peculiaridades da Nova Economia, traduzida no facto de comportar Mercados Multilaterais, nos quais – ao mesmo tempo que os Efeitos de Rede se propagam à medida que surgem mais consumidores<sup>15</sup> – as empresas concorrem, simultaneamente, por dois ou mais grupos distintos de consumidores. Um exemplo bastante simples deste tipo de Mercado é o jornal: ao mesmo tempo que vende espaço para publicidade, também fornece jornais aos cidadãos, em algumas situações em troca de um preço, outras de forma gratuita. A capacidade do

---

<sup>10</sup> FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, p. 40.

<sup>11</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA (2016) – *EU Competition Law*. 6ª ed., Oxford: Oxford University Press, p. 48.

<sup>12</sup> A ligação íntima existente entre a Nova Economia e os Direitos de Propriedade Intelectual torna as empresas altamente vulneráveis perante a inovação dos seus concorrentes, *cf.* EVANS, DAVID S.; SHMALENSSEE, RICHARD, *ob. cit.*, p. 3.

<sup>13</sup> Estas características implicam que os custos de entrada sejam reduzidos e o risco da chegada de um novo concorrente seja bastante elevado, *cf.* EVANS, DAVID S.; SHMALENSSEE, RICHARD, *ob. cit.*, p. 8.

<sup>14</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>15</sup> Esta é a principal característica dos Efeitos de Rede, que teremos a oportunidade de escrutinar no ponto seguinte.

referido jornal para vender espaço para publicidade aumenta de acordo com o número de cidadãos que se estima que o venham a ler<sup>16</sup>.

Estes Mercados Multilaterais são, muitas vezes, designados por Plataformas. A definição exata daquilo que constitui uma Plataforma tem vindo a gerar bastante discussão, como é comprovável através do *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy*. Destarte, sucede que a maioria dos inquiridos contestou a definição proposta no Questionário, refletindo a preocupação de que a regulação poderia ser baseada nos status da plataforma e não na análise dos seus assuntos e atividades<sup>17</sup>. É notória a recente explosão dos Mercados Multilaterais na Nova Economia, como sejam o dos motores de busca, comparadores de serviços de compras, redes sociais, serviços de pagamento, *video-sharing* e plataformas de compras online.

## 2.2. Os Efeitos de Rede (*Network Effects*)

Nos Mercados inseridos na mencionada Nova Economia, assume especial importância a Doutrina dos Efeitos de Rede<sup>18</sup> - desenvolvida, entre outros, por MICHAEL KATZ, CARL SHAPIRO E BRIAN ARTHUR.

A característica que melhor identifica uma Indústria de Rede traduz-se no facto de a utilidade dada pelo utilizador a um determinado produto ou serviço depender do número de outros utilizadores que se encontram na mesma rede que este. OZ SHY coloca a questão de forma bastante simples: teria o utilizador interesse em subscrever serviços

---

<sup>16</sup> WHISH, RICHARD; BAILEY DAVID (2012) – *Competition Law*. 7.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, p. 11.

<sup>17</sup> Comissão Europeia (2016) – *Full report on the results of the public consultation on the Regulatory environment for Platforms, Online Intermediaries and the collaborative Economy*. Disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/full-report-results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries>.

<sup>18</sup> Segundo a terminologia americana, tanto podemos referir-nos a *Network Effects* como *Network Externalities*, dependendo dos Autores.

como o telefone ou o *email* se mais ninguém o fizesse? Esclarece o Autor que não, daqui sendo gerada a relação entre os Efeitos de Rede e o número de utilizadores<sup>19</sup>.

Este fenómeno – geralmente verificado do lado da procura – faz com que o benefício que o utilizador retira do bem aumente em função do número de utilizadores na mesma rede<sup>20</sup>, o que provoca a tendência para que, nestes Mercados, seja escolhido um produto *standard* que domina o Mercado durante um certo período de tempo. Neste aspeto, WHISH e BAILEY<sup>21</sup> referem um dos pontos mais relevantes em matéria de Efeitos de Rede: os benefícios usufruídos do lado do utilizador surgem sem que o mesmo tenha de incorrer em qualquer custo adicional, daqui se justificando a sua designação de externalidade.

Tenhamos, todavia, em atenção que os Efeitos de Rede se encontram circunscritos a determinadas esferas de indústrias (por exemplo, tais efeitos não se verificam na indústria das laranjas, já que não é gerado qualquer benefício para o consumidor com o aumento dos consumidores de laranjas)<sup>22</sup>.

As denominadas “indústrias baseadas no conhecimento” não se enquadram nas previsões das teorias tradicionais: ao invés dos novos produtos originarem a estabilização de preços e de quotas de Mercado, promovendo uma eficiente alocação de recursos, estão presentes determinadas características que obstam ao equilíbrio – como sejam os denominados Efeitos de Rede. Embora estes efeitos promovam um aumento da qualidade dos produtos, verifica-se uma diminuição do número de empresas concorrentes, o que a médio e a longo prazo trará prejuízo aos consumidores – estamos, portanto, perante o *trade off* entre eficiência e concorrência<sup>23</sup>.

MASSIMO MOTTA<sup>24</sup> chama à atenção para aquela que constitui uma das problemáticas inerentes aos Mercados caracterizados por Efeitos de Rede: o facto de os mesmos serem mais propensos ao surgimento de monopólios, através do fenómeno do *market tipping*.

---

<sup>19</sup> SHY, OZ (2007) – *The Economics of Network Industries* (Graduate Lecture Notes). Disponível em <http://ozshy.x10host.com/gradnet11.pdf>, p. 1.

<sup>20</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 179.

<sup>21</sup> WISH, RICHARD; BAILEY, DAVID, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>22</sup> JOHNSON, PAUL A. (2017) – *Network effects, antitrust, and falsifiability: Keynote Address at the Antitrust Enforcement Symposium*. Publicado in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 5., Issue 3 (Out. 2017), pp. 341-346, p. 342.

<sup>23</sup> JOHNSON, PAUL A., *ob. cit.*, p. 342.

<sup>24</sup> MOTTA, MASSIMO (2008) – *Competition Policy: Theory and Practice*. 9.<sup>a</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, pp. 84-85.

No momento em que adquire uma vantagem em termos de preferência dos utilizadores, o produto obtém cada vez mais popularidade e os seus rivais, conseqüentemente, desaparecem<sup>25</sup>. Todavia, o Autor alerta para a necessidade de não se generalizar, ressaltando três situações em que tais efeitos nefastos não se verificam: em primeiro lugar, os casos em que diferentes *standards* coexistem numa determinada indústria, sem que tal implique o desaparecimento de nenhum deles; em segundo lugar, os casos nos em que o *standard* não é constante, sendo a indústria marcada por uma “Guerra de *Standards*”; em terceiro lugar, os casos em que a existência de um *standard* beneficia o consumidor, gerando possibilidades de comunicação ou produtos complementares que, de outro modo, não existiriam.

A doutrina subdivide os Efeitos de Rede entre Diretos e Indiretos: no primeiro caso, o produto torna-se mais valioso consoante o aumento do número de utilizadores, o que geralmente opera num determinado lado da plataforma; no segundo caso, o aumento do uso de determinado produto aumenta o valor de produtos complementares, o que, desta feita, opera em diferentes lados da plataforma<sup>26 27</sup>. MASSIMO MOTTA refere-se aos primeiros enquanto Efeitos de Rede Físicos e aos segundos enquanto Efeitos de Rede Virtuais<sup>28</sup>.

O escopo da Rede que origina as mencionadas externalidades varia consoante o Mercado em apreço. A característica central que determina o escopo da rede relevante contende com a possibilidade dos produtos de diferentes empresas serem utilizados em conjunto: no Mercado das Telecomunicações, tal sucede se os sistemas de duas empresas se encontrarem interligados ou forem compatíveis; nos Mercados de *Software-Hardware*, a rede consiste no conjunto de utilizadores que possui marcas compatíveis de hardware; por fim, no caso do Mercado do bens duráveis, a rede consiste no conjunto de marcas que requerem determinados serviços<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Tal fenómeno confere à empresa dominante a possibilidade de controlar o Mercado por tempo indeterminado e sem concorrência, o que contraria a lógica inicial de que o vencedor da corrida inicial apenas deteria quotas de mercado elevadas durante um curto período de tempo.

<sup>26</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA, *ob. cit.*, p. 48.

<sup>27</sup> JOHNSON, PAUL A., *ob. cit.*, p. 342.

<sup>28</sup> MOTTA, MASSIMO, *ob. cit.*, p. 82.

<sup>29</sup> KATZ, MICHAEL L.; SHAPIRO, CARL (1985) – *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, pp. 424-425. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1814809>. Também publicado in *The American Economic Review*, Vol. 75, N. ° 3 (Jul. 1985), pp. 424-440.

Segundo SOFIA OLIVEIRA PAIS, os exemplos clássicos são os da rede de telefones, telecomunicações, computadores ou comércio eletrônico<sup>30</sup>. Fruto do elevado nível de mutabilidade destes Mercados, sugerimos um quinto exemplo: as redes sociais. Através de uma penetração extremamente eficaz do Mercado, as redes sociais tornaram-se um exemplo paradigmático dos Efeitos de Rede – e, como veremos, das problemáticas a estes adjacentes.

Consideremos o exemplo do *Facebook*: em setembro de 2014, a rede social detinha cerca de 864 milhões de utilizadores ativos diariamente, 703 milhões de utilizadores ativos diariamente em dispositivos móveis e 1.25 mil milhões de utilizadores ativos mensalmente<sup>31</sup>. Segundo estatísticas mais recentes, no ano de 2018 esta rede social ascende a cerca de 2.23 mil milhões de utilizadores ativos mensalmente – cerca do dobro do valor registado apenas quatro anos antes<sup>32</sup>.

Segundo FARREL e SALONER, o motor que permite a propagação e manutenção dos Efeitos de Rede centra-se no “excesso de inércia”, caracterizado pela excessiva relutância social em mudar para um novo *standard*, ainda que eventualmente superior, devido à presença de vincadas externalidades no atual *standard*. O utilizador que mude para a nova opção não consegue obter na plenitude as suas vantagens sem que os restantes utilizadores também procedam à mudança<sup>33 34</sup> - os *switching costs* mostram-se demasiado elevados, o que gera relutância por parte do utilizador em proceder à mudança.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 179.

<sup>31</sup> STUCKE, MAURICE; GRUNES, ALLEN (2016) – *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, p. 18.

<sup>32</sup> Cfr. consultado em <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>.

<sup>33</sup> FARREL, JOSEPH; SALONER, GARTH (1986) – *Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation*. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1816461>. Também publicado in *The American Economic Review*, Vol. 76, N.º 5, (Dec. 1986), pp. 940-955, *American Economic Association*, p. 940.

<sup>34</sup> FARREL e SALONER, nesta temática, propõem dois modelos distintos, sendo o primeiro aquele no qual o novo standard seria constituído por novos utilizadores, enquanto que o segundo seria antes constituído por utilizadores do standard anterior.

<sup>35</sup> FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, p. 41.

### 2.3. O Efeito de Aprisionamento (*Lock In*) e de dependência de escolhas passadas (*Path Dependence*)

Na senda do que temos vindo a analisar, é ainda necessário que nos debruçemos sobre a problemática dos Efeitos de Aprisionamento (*Lock In*). Fruto de problemas de interoperabilidade, os Efeitos de Rede podem tornar os Mercados demasiado concentrados e implicar sérias barreiras à entrada de novos concorrentes. Tal como previamente observado, estes Mercados não obedecem às previsões das teorias tradicionais.<sup>36</sup> Os denominados *increasing returns* provocam frequentemente o aprisionamento dos consumidores ao sistema dominante no Mercado – determinado produto acaba por afirmar o seu domínio, prendendo a si os consumidores. Ainda que este produto seja, eventualmente, inferior aos produtos concorrentes, geram-se lucros significativos para a empresa que se conseguiu impor através desse produto<sup>37 38</sup>.

Destarte, não basta comercializar um produto superior ou fazê-lo ao melhor preço, é também crucial atender ao número de consumidores que o adquire. Não sendo o novo produto compatível com o *standard*, a empresa tem de convencer os potenciais compradores de que a adesão ao produto será feita em massa, sob pena de que os utilizadores, aprisionados ao atual *standard*, se demonstrem relutantes em relação à mudança. Existem várias estratégias neste sentido (como, por exemplo, disponibilizar o produto de forma gratuita durante um certo período de tempo), todavia a empresa dominante terá ao seu dispor mecanismos para manter os consumidores presos ao seu produto, nomeadamente garantindo a incompatibilidade do seu produto com o novo, o que dificultará deste último no mercado.

Nas situações acima apresentadas, os utilizadores têm de enfrentar problemas de coordenação, no sentido em que as suas escolhas estão condicionadas pela atitude que virão a tomar os restantes utilizadores. Em alguns casos, tal não constituirá um

---

<sup>36</sup> Vide ponto 1.2.

<sup>37</sup> ARTHUR, W. BRIAN ARTHUR, (1989) – *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events*, apud PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 180.

<sup>38</sup> ARTHUR, W. BRIAN (1989) – *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events*. Disponível em <http://links.jstor.org/sici?sici=0013-0133%28198903%2999%3A394%3C116%3ACTIRAL%3E2.0.CO%3B2-R>. Também publicado in *The Economic Journal*, Vol. 99, N.º 394, (Mar., 1989), pp. 116-131, *Royal Economic Society*, p. 118.

<sup>38</sup> O Autor define *small historical events* da seguinte forma: “(...) those events or conditions that are outside the ex-ante knowledge of the observer – beyond the resolving power of his “model” or abstraction of the situation.”

problema (atualmente, ninguém se questiona se haverão pessoas suficientes para comunicar por telefone ou por *email*); todavia, no caso de novos produtos ou plataformas, levantam-se frequentemente problemas, fruto das expectativas relacionadas com o que esses restantes utilizadores farão. Assim, quando uma nova empresa lança um produto distinto do *standard* corrente, o potencial comprador terá de tentar adivinhar – geralmente numa fase bastante precoce – se esse novo produto será (ou não) bem-sucedido, de forma a evitar ficar preso a um produto que lhe dá escassas possibilidades de comunicação ou poucas possibilidades em termos de software, serviços ou bens complementares<sup>39</sup>.

Posto isto, na sequência dos Efeitos de Rede e de Aprisionamento, surge o problema do *Path Dependence*, que traduz este risco de o mercado ficar preso a soluções ineficientes devido à dependência dos consumidores em relação a escolhas passadas (e, reiteramos, feitas geralmente em momentos muito precoces). Esta dependência é motivada pela preferência, tanto da parte dos consumidores como da parte dos fornecedores, em comprar diretamente à empresa vencedora e não à empresa derrotada, dados os riscos dessa escolha implicar o suporte dos custos de mudança para a empresa vencedora<sup>40 41</sup>.

W. BRIAN ARTHUR<sup>42</sup> refere, expressamente, casos em que, devido a pequenos eventos históricos<sup>43</sup>, o consumidor fica aprisionado a um determinado produto, sem que tenha a opção de aderir a uma alternativa – ou essa opção se revele demasiado onerosa. Vejamos o exemplo do petróleo *versus* vapor, no caso da indústria automóvel. Inicialmente, o petróleo aparentava ser uma solução pouco promissora – dada a dificuldade da sua obtenção, a sua explosividade e os componentes por esta tecnologia requeridos. Todavia, devido a uma sucessão de pequenos eventos que tiveram lugar nos Estados Unidos, determinados produtores chave foram direcionados no sentido do

---

<sup>39</sup> MOTTA, MASSIMO, *ob. cit.*, pp. 82-83.

<sup>40</sup> Tal sucedeu no âmbito dos sistemas operativos móveis. Atentemos no caso do sistema *Windows Phone*, cujo fim foi ditado pelo facto de os fabricantes de aplicações móveis não terem tomado a decisão de fabricar estas aplicações para este sistema, dado que a corrida inicial havia sido ganha pelos sistemas *Android* e *iOS*. Os fabricantes de aplicações para dispositivos móveis tiveram em conta precisamente a questão de que, caso o *Windows Phone* “perdesse a corrida”, teriam de suportar os custos da aposta numa empresa perdedora.

<sup>41</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 181.

<sup>42</sup> ARTHUR, W. BRIAN, *ob. cit.*, p. 118.

<sup>43</sup> O Autor define *small historical events* da seguinte forma: “(...) those events or conditions that are outside the ex-ante knowledge of the observer – beyond the resolving power of his “model” or abstraction of the situation.”

petróleo, o que determinou o fim da utilização do vapor<sup>44</sup>. Neste mesmo sentido WHISH e BAILEY referem o exemplo da batalha travada entre o *Betamax* e o *VHS*: embora a primeira opção fosse considerada superior em termos tecnológicos, a inclinação do Mercado para a segunda determinou o fim do *Betamax*. Tal como será analisado com maior detalhe, o *laissez faire* não presta garantias de que a tecnologia superior será aquela que vingará a longo prazo, o que implicará um olhar atento do Direito da Concorrência quando estejamos perante Mercados caracterizados por Efeitos de Rede<sup>45</sup>.

### 3. A Questão dos Grandes Dados e a sua implicação em matéria de Efeitos de Rede e de Aprisionamento

Atualmente, surgem ainda preocupações relacionadas com o denominado *Big Data*, que diz respeito ao grande volume e variedade de dados que são trocados a grande velocidade em cada transação, interação ou contacto, nomeadamente através de redes sociais ou por meio de dispositivos móveis. Na nossa análise, centrar-nos-emos nos dados pessoais, concebidos como “qualquer informação relativa a um indivíduo identificado ou identificável – o sujeito dos dados”, recorrendo aos conceitos de volume, velocidade, variedade e valor<sup>46</sup>.

EZRACHI e STUCKE<sup>47</sup> identificam três riscos ligados a esta nova dinâmica de mercado, baseada no controlo de elevadas quantidades de dados: em primeiro lugar, o risco de conluio, já que a velocidade com a qual sofisticados algoritmos fixam os preços gera o risco de formação de cartéis que rapidamente detetam e reagem a mudanças de preços; em segundo lugar, o risco de discriminação comportamental, dado que os mencionados algoritmos podem identificar comportamentos que levam o consumidor a comprar determinado produto e quanto está disposto a pagar pelo mesmo, aumentando o

---

<sup>44</sup> ARTHUR, W. BRIAN, *ob. cit.*, pp. 126-127.

<sup>45</sup> ARTHUR, W. BRIAN, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>46</sup> STUCKE, MAURICE; GRUNES, ALLAN, *ob. cit.*, pp. 15-28.

<sup>47</sup> EZRACHI, ARIEL; STUCKE, MAURICE E. (2016) – *Virtual Competition*. Disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/article/7/9/585/2547746>. Também publicado in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 7, Issue 9 (Dez. 2016), pp. 585-586, *Oxford Academic*, pp. 585-586.

consumo; em terceiro lugar, o risco proveniente da dinâmica do “amigo/inimigo”<sup>48</sup>, que diz respeito à relação simultânea de cooperação e concorrência (no setor dos sistemas operativos móveis) existente entre as super-plataformas e aplicações independentes – as primeiras atraem as segundas para o seu ecossistema, crescendo exponencialmente o número de aplicações gratuitas que se encontram em condições de cooperar na extração de dados dos utilizadores, ao mesmo tempo que competem entre si pelo excedente.

Posto isto, aquele que aparenta – à partida – ser um ambiente concorrencial, é na verdade uma ilusão, já que se trata de ambientes nos quais a entrada é possível, mas a expansão encontra-se confinada aos ditames das super-plataformas; a escolha é ampla, todavia a concorrência é limitada; e, por fim, surgem ameaças em termos de inovação, que acabam por ser eliminadas através de aquisições ou práticas de exclusão.<sup>49</sup>

Assim sendo, as preocupações que surgem no seio desta temática contendem, sobretudo, com questões de proteção de privacidade<sup>50</sup>. Tal como afirma MARGRETHE VESTAGER, o facto da maioria das mencionadas plataformas estarem disponíveis de forma gratuita levanta a problemática do surgimento de uma nova moeda em troca destes serviços: os próprios dados facultados pelos seus utilizadores<sup>51</sup>.

O cerne do problema encontra-se no papel assumido pelos Grandes Dados em matéria de Efeitos de Rede. Nas suas reflexões acerca do tema, STUCKE e GRUNES<sup>52</sup> mencionam as implicações desta situação. Da análise feita pelos Autores, destacamos as seguintes implicações: o aumento do volume de dados permite à empresa aumentar, em tempo real, o valor dos seus serviços e produtos, o que gera a chegada de mais utilizadores e publicitários; o controlo de uma elevada quantidade de dados por parte de determinada empresa dar-lhe-á uma vantagem concorrencial crítica na plataforma em apreço, ainda que surja um produto de qualidade superior; as consequências de ganhar ou perder utilizadores são muito mais notórias, visto que os mesmos são a fonte de dados que permite amplificar a rede; a qualidade do produto aumentará consoante o número de

---

<sup>48</sup> Tradução nossa do termo *frenemy*, sugerido por EZRACHI e STUCKE ao sintetizar este terceiro risco. EZRACHI, ARIEL; STUCKE, MAURICE, *ob. cit.*, pp. 585-586.

<sup>49</sup> EZRACHI, ARIEL; STUCKE, MAURICE, *ob. cit.*, pp. 585-586.

<sup>50</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA, *ob. cit.*, p. 50.

<sup>51</sup> VESTAGER, MARGRETHE (2016) – *Competition in a Big Data World*. Disponível em [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en).

<sup>52</sup> STUCKE, MAURICE; GRUNES, ALLEN (2016) – *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press., p. 200.

utilizadores, mas estagnar-se-á num mínimo de eficiência na indústria em questão; surge o risco de ser estabelecida uma oferta líder no mercado, que impede a oferta concorrente de derrubar o líder; os quatro tipos de Efeitos de Rede escrutinados pelos Autores<sup>53</sup> proporcionam às empresas dominantes margem de manobra para incorrer em comportamentos anticoncorrenciais, de forma a manter o seu monopólio.

#### 4. O Papel do Direito da Concorrência

As indústrias inseridas na Nova Economia criam especiais dificuldades no campo do Direito da Concorrência. Sintetizando algumas das nossas observações anteriores, as três maiores dificuldades suscitadas por estas indústrias no campo do Direito são as seguintes: a concorrência entre empresas foca-se não tanto nos preços, mas antes no seu carácter inovador; as formas comuns de definição de Mercado podem não funcionar (principalmente se estiverem em causa Mercados Multilaterais); e a concorrência pode não focar-se tanto nos Mercados, mas antes para os Mercados<sup>54</sup>.

Na perspectiva de FAULL e NIKPAY, impera que seja feita a distinção entre, por um lado, as indústrias nas quais o mercado de produtos é reiteradamente destruído e substituído através de inovação drástica, e por outro lado, as indústrias nas quais o mercado de produtos sobre efeitos mais ténues ligados à inovação<sup>55</sup>. Todavia, tal como constatado por EVANS e SHMALENSSEE, a uma fase inicial marcada por um forte carácter inovador pode seguir-se um longo período de estabilidade, como se pode comprovar através do exemplo da indústria automóvel – que sofreu uma marcada inovação por volta de 1910, à qual se seguiram várias décadas de estabilidade – e da indústria química e eletrónica – que por volta de 1950 se inseriam nesta Nova Economia, integrando-se atualmente na “Economia Tradicional”<sup>56</sup>.

Fruto do crescimento exponencial dos Mercados inseridos na Nova Economia, a questão reveste cada vez mais urgência. Alguma Doutrina entende que o Direito da

---

<sup>53</sup> São estes: Efeitos de Rede tradicionais, escala de tentativa/erro, escopo dos dados e *spill-over*.

<sup>54</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>55</sup> FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, pp. 40-41.

<sup>56</sup> FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, p. 41.

Concorrência deve preservar os incentivos para que as empresas inovem. Neste sentido, a aplicação destas regras aos Mercados da Nova Economia deve ser modificada de forma a acomodar as características da “Concorrência Dinâmica”.

Inclusivamente, chega a ser sugerida a dispensa do Direito da Concorrência no solo dos Mercados Tecnológicos, dado que o ritmo elevado da inovação tecnológica e poucas barreiras à entrada tornam impossível a manutenção de posições sólidas de poder de mercado.

Em defesa da estandardização e desnecessidade de fiscalização por parte das autoridades da concorrência invocam-se vários argumentos: em primeiro lugar, tal permite ao consumidor comparar o preço dos produtos baseados no mesmo *standard*; em segundo lugar, é evitada a duplicação, necessariamente ineficiente, dos recursos em produtos inovadores incompatíveis; em terceiro lugar, aumenta o bem estar social, dado que o produto *standard* é aquele que os consumidores desejam; em quarto lugar, promove a inovação nos segmentos fora do *standard*<sup>57</sup>; em quinto e último lugar, defende-se ainda que o *The Winner Takes All Game* se repete, já que assim que determinada empresa ganha o jogo (tornando-se detentora do “*standard de facto*”), já começou um novo jogo para o produto da próxima geração, pelo que as empresas voltam a ter de jogar, sendo dispensável a atuação de entidades fiscalizadoras<sup>58</sup>.

Ainda que tais argumentos sejam sólidos, discordamos em absoluto da perspetiva de um Direito da Concorrência passivo. Muito pelo contrário, entendemos que, fruto das suas características, estes mercados requerem especial atenção. Vejamos, pois, com um olhar mais analítico, os argumentos cristalizados no parágrafo anterior, assim como as suas falhas. O primeiro argumento cai, desde logo, devido ao facto de se alicerçar na premissa segundo a qual um mercado baseado em determinado *standard* comporta diversos concorrentes. Geralmente, tal não se verifica, dado que o vencedor da corrida inicial, obtendo o monopólio do mercado em questão, está em posição de barrar a entrada a potenciais concorrentes, que nunca conseguiriam competir com a empresa

---

<sup>57</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 182-183

<sup>58</sup> PARDOLESI, ROBERTO; RENDA, ANDREA *apud* PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 183

dominante<sup>59</sup>. No caso do segundo e quarto argumentos, ao alocar todos os recursos ao “*standard de facto*”, é reforçado o Efeito de Aprisionamento ao mesmo, impossibilitando o surgimento de um *standard* potencialmente mais eficiente. O espaço para inovação fora do *standard* é, portanto, uma mera ilusão. Na senda do anterior, o terceiro argumento surge fragilizado pela problemática da dependência de escolhas passadas, dada a possibilidade de o consumidor ter ficado preso a um “*standard*” apenas devido a uma escolha demasiado precoce, dependente da escolha efetuada pelos restantes consumidores – equação na qual a qualidade do produto pode não ter sido determinante. Por fim, embora o quinto argumento traduza, em regra, uma factualidade, não podemos olvidar as condições nas quais se dará a corrida para o produto da próxima geração: o vencedor da corrida anterior partirá para a seguinte já em vantagem, pelo que está em condições de chegar ao produto da próxima geração muito antes do que os seus concorrentes, detendo novamente o *standard de facto* desse novo produto.

À dispensa do Direito da Concorrência opõe-se também a Comissão Europeia, não se inibindo de reforçar o seu campo de aplicação sempre que tal se revele necessário, tal como melhor viremos a explorar. Da mesma forma, JONES e SUFRIN entendem não haver qualquer evidência de que o Direito da Concorrência “normal” não seja capaz de lidar com as problemáticas levantadas por este fenómeno, fruto da sua natureza mutável e de constante adaptação<sup>60</sup>.

JOHNSON<sup>61</sup>, sobre o tema, propõe uma perspetiva dualista como base para a sua rejeição de um Direito da Concorrência que se abstém de intervir nesta temática: por um lado, na perspetiva empírica, o Autor conclui pela ambiguidade da introdução do Direito da Concorrência nos setores afetados pelos Efeitos de Rede (fruto das análises contraditórias de RYSMAN e LEE acerca da relação entre Efeitos de Rede e o bem estar do consumidor), pelo que entende não ser recomendável alterar a forma como opera o Direito da Concorrência nestes setores; na perspetiva teórica, o Autor refere que,

---

<sup>59</sup> Conforme referido no Ponto 2.2., os Mercados caracterizados por Efeitos de Rede são propensos ao surgimento do denominado *Market Tipping*. Embora seja de ressaltar que vários *standards* possam coexistir, é mais comum que o vencedor tente eliminar a concorrência *a priori*.

<sup>60</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA, *ob. cit.*, p. 51.

<sup>61</sup> JOHNSON, PAUL A. (2017) – *Network effects, antitrust, and falsifiability: Keynote Address at the Antitrust Enforcement Symposium*. Publicado in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 5., Issue 3 (Out. 2017), pp. 341-346, pp. 344-345.

embora existam perspectivas mais ou menos ortodoxas, não será aconselhável proceder a qualquer transformação neste campo.

EVANS e SHMALENSEE, em consonância com a doutrina majoritária, entendem que as indústrias pautadas pela já mencionada concorrência dinâmica não devem ser imunes a um escrutínio cuidado por parte do Direito da Concorrência ou que os seus princípios básicos devam ser modificados. Porém, tal como ocorre para qualquer outro tipo de indústria, também para o caso das indústrias acomodadas pela Nova Economia, têm de ser tidas em conta as características do tipo de indústria e/ou tecnologia em apreço. Em particular, e como melhor viremos a analisar nos capítulos seguintes, importa modificar os conceitos de definição de mercado e poder de mercado de forma a serem corretamente aplicadas as regras do direito da concorrência aos setores pautados por uma elevada inovação<sup>62</sup>.

Tal como referem os Autores, uma análise do poder de mercado de determinada empresa alicerçada nas quotas de mercado não oferece uma visão suficientemente ampla desta problemática: estas quotas nem sempre coincidem com o valor da propriedade intelectual ou acerca da qualidade dos produtos do amanhã, assim como da natureza mutável dos mercados nos quais vão competir. Esta perspectiva não tem em conta que estas empresas se encontram em posição de prejudicar o consumidor através da concorrência dinâmica<sup>63</sup>.

Vejamos, pois, o caso paradigmático das quotas de mercado, a nível mundial, dos sistemas operativos móveis: em 2009, o sistema operativo dominante era o *SymbianOS*, com uma quota de mercado de 35,49%, enquanto que a quota de mercado do seu concorrente *Android* era de uns meros 2,41%. Para as premissas da Economia Tradicional, os valores diminutos da quota de mercado deste último não apresentavam qualquer problema que pudesse vir a contender com o Direito da Concorrência. Todavia, consultando os dados referentes a 2018, podemos verificar que a quota de mercado do *SymbianOS* é de 0,12%, enquanto que a quota de mercado do sistema *Android* corresponde a 75,82%<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> EVANS, DAVID S.; SHMALENSEE, RICHARD *apud* FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>63</sup> EVANS, DAVID S.; SHMALENSEE, RICHARD *apud* FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>64</sup> *Cfr.* Consultado em: <http://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide/#yearly-2009-2018>.

Posto isto, segundo estes Autores, o elemento essencial do poder de mercado deverá ser a análise do poder atual e potencial<sup>65</sup> em termos do caráter inovador, incluindo ameaças de tecnologias alternativas. A posição de mercado de determinada empresa deve ser assim determinada por referência aos seus ativos duráveis – como seja a sua capacidade de produção – e não por referência aos seus atuais produtos e propriedade intelectual.

Nestas indústrias, a quota de mercado limita-se a traduzir, na melhor das hipóteses, a realidade relativa ao poder de mercado estático, que não proporciona uma medida útil dos verdadeiros entraves à concorrência saudável das empresas líderes destas indústrias. É necessário considerar que a real preocupação reside no poder detido por estas empresas para, através da propriedade intelectual por si detida, inovarem de forma radical e alterar o atual paradigma de mercado, fundamentalmente na fase inicial em que os mercados são continuamente destruídos e substituídos através de drásticas inovações e em que a quota de mercado se encontra longe de refletir o poder de mercado<sup>66</sup>.

## 5. O Abuso de Posição Dominante Europeia

A título introdutório, referimos que o nosso estudo em matéria de Efeitos de Rede e de Aprisionamento afunilaria, eventualmente, para o campo europeu. Procuraremos, neste capítulo, analisar esta problemática no contexto do Abuso de Posição Dominante Europeia – conforme prevista no Art. 102.º TFUE –, sempre atentos às vicissitudes que tal matéria provoca no que respeita aos conceitos de poder de mercado e mercado relevante.

Neste capítulo, teremos a oportunidade de abordar as problemáticas atinentes à utilização do Teste SSNIP como forma de determinação do Mercado Relevante em mercados caracterizados por Efeitos de Rede, focando o nosso estudo naquele que procuramos que seja o núcleo duro desta dissertação: o estudo de alternativas – mais

---

<sup>65</sup> Tomando em consideração o exemplo do parágrafo anterior, atentemos que, em 2009, o sistema operativo *Android* detinha uma quota de mercado diminuta face aos seus concorrentes. Contudo, atentando às rápidas transformações que eram já visíveis no setor dos dispositivos moveis, o potencial deste sistema, em termos de inovação, era tremendo, o que se veio a comprovar através da subida abismal da sua quota de mercado.

<sup>66</sup> EVANS, DAVID S.; SHMALENSEE, RICHARD *apud* FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, pp. 41-42.

comedidas, ou mais inovadoras – a uma abordagem mais formalista do Art. 102.º, que permita dar resposta aos desafios levantados por um mercado em constante metamorfose.

## 5.1. Noções Gerais

A temática do Abuso de Posição Dominante Europeia, conforme plasmada no Art. 102.º TFUE, assume-se como uma das disposições fundamentais no estabelecimento do Mercado Interno, sem que a concorrência seja falseada<sup>67</sup>. Há, por isso, dois elementos que têm de estar presentes para que se possa aplicar este artigo a determinada conduta: em primeiro lugar, é necessário que determinada empresa se encontre em posição dominante num ou em vários mercados (elemento estrutural); em segundo lugar, é também necessário que essa empresa tenha abusado dessa posição dominante (elemento comportamental)<sup>68</sup>.

Posto isto, para que nos encontremos no âmbito de aplicação do Art. 102.º do TFUE, é necessário que se vejam cumpridos quatro requisitos cumulativos, patentes na letra do artigo: em primeiro lugar, é necessário que estejamos perante uma ou mais empresas; em segundo lugar, as empresas em questão têm de ser detentoras de uma posição dominante no mercado interno ou em parte substancial deste; em terceiro lugar, tem de haver uma exploração abusiva dessa posição dominante; por fim, em quarto lugar, o comportamento praticado tem de ser suscetível de afetar o comércio entre os EM<sup>69</sup>.

A jurisprudência relativa ao Art. 102.º fixa que a posição dominante não é passível de existir em abstrato. Determinada posição dominante tem de existir em relação com determinado mercado, o que, necessariamente, implica que o mercado ou mercados relevantes em que a empresa compete tenham de ser determinados – surgindo aqui,

---

<sup>67</sup> LÉGER, PHILIPPE (1999) – *Commentaire article par article des traités UE et CE*. Basileia: Helbing & Lichtenhahn, pp.716-717.

<sup>68</sup> GERADIN, DAMIEN, LAYNE-FARRAR, ANNE; PETIT, NICOLAS (2012) - *EU Competition law and economics*. Oxford: Oxford University Press, p. 175.

<sup>69</sup> O artigo 102.º TFUE não contém qualquer referência ao efeito anticoncorrencial da conduta, todavia esta será considerada como abusiva caso seja considerada como restritiva da concorrência, crf. VAN THEMAAT, WEIJER VERLOREN; BEREND, REUDER (2014) – *European Competition: A Case Commentary*. Cheltenham; Northampton: Elgar Commentaries, p. 152.

conforme previamente referido, a utilização do Teste SSNIP, que oportunamente dissecaremos.

O Mercado Relevante, para efeitos do Direito da Concorrência, nem sempre coincide com o mercado descrito em relatórios de mercado e/ou económicos, mas antes com a perspetiva das opções ao dispor do consumidor para adquirir o produto que desejam<sup>70</sup>. Posto isto, fazem parte do mesmo Mercado Relevante os bens e serviços que o comprador percebe como substituíveis em termos das suas características, do seu preço e da sua acessibilidade geográfica em condições homogéneas<sup>71</sup>.

Tal como melhor veremos, este é um dos epicentros da problemática atinente aos Efeitos de Rede e de aprisionamento, visto que a necessidade de definição prévia do Mercado Relevante no qual se verifica a eventual conduta abusiva pode defraudar os objetivos do Direito da Concorrência, não sendo capaz de abarcar as vicissitudes atinentes a esta problemática.

## **5.2. Os Problemas apresentados pelo Teste SSNIP<sup>72</sup> nos Mercados caracterizados por Efeitos de Rede**

Tal como temos vindo a referir, a definição do Mercado Relevante é um passo prévio e imprescindível em matéria de Abuso de Posição Dominante, sendo tal definição feita através do Teste SSNIP (conforme indicado pelo ponto 15 da Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de Mercado Relevante para Efeitos de Direito da Concorrência<sup>73 74</sup>). De forma bastante sintetizada, serão incluídos no Mercado Relevante os produtos de substituição e as áreas adicionais para os quais os Clientes

---

<sup>70</sup> FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI, *ob. cit.*, p. 43.

<sup>71</sup> PORTO, MANUEL LOPES; ANASTÁCIO, GONÇALO (2012) – *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. Coimbra: Edições Almedina, pp. 500-503.

<sup>72</sup> Muitas vezes é referido na literatura como “Teste Hipotético Monopolista”.

<sup>73</sup> Comissão Europeia (1997) – *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*.

<sup>74</sup> A Comissão Europeia refere o teste SSNIP como um dos critérios possíveis para a definição de Mercado, sem que, todavia, aponte qualquer alternativa ao mesmo – o que, como veremos, é um dos factos geradores dos problemas que temos vindo a estudar e que aprofundaremos.

transferem a sua procura, em resposta a um aumento hipotético (em torno dos 5 a 10%) dos preços prevalentes no Mercado dos produtos e áreas em análise<sup>75</sup>.

A aplicação deste método tem vantagens: o Teste SSNIP é um método conveniente para determinar, num determinado mercado, quais são os produtos substitutos do produto original para um número significativo de consumidores e excluir todos aqueles produtos que não operam a substituição desse produto<sup>76</sup>.

Todavia, a aplicação do Teste SSNIP levanta frequentemente problemas quando estejam em causa Mercados de Tecnologia de Ponta, marcados pelos Efeitos de Rede que temos vindo a tratar, nos quais a concorrência é entendida para o Mercado e não no Mercado. Particularmente no âmbito do Art. 102.º, o recurso a este teste pode conduzir a uma definição errónea do mercado em causa, definindo-se os mercados de forma demasiado restrita ou demasiado ampla<sup>77</sup>.

Tal sucede porque o Teste em apreço parte do pressuposto de que os preços no mercado são concorrenciais, todavia é comum que, no Art. 102.º, estejamos perante preços acima dos níveis concorrenciais<sup>78</sup>. Foi precisamente o que surgiu evidenciado no caso *El Pont de Nemours*, através da denominada “Falácia Celofane”<sup>79</sup>: o *Supreme Court* assumiu erroneamente o argumento apresentado pela *Du Pont* de que o celofane não constituía um mercado relevante *per se*, mas era antes parte integrante de outros materiais de embalagem como sejam o papel de alumínio, polietileno e papel de cera – a quota de Mercado de cerca de 20% atribuída à *Du Pont* no mercado errado levou a que fossem incluídos produtos substitutos imperfeitos. O Teste SSNIP é, assim, incapaz de identificar se o atual preço não é já um preço de monopólio, decorrente do exercício de poder de mercado, o que obriga a especiais cuidados quando usado para determinar se uma empresa se encontra em posição dominante para efeitos do Art. 102.º - ou a discussão de eventuais alternativas, como melhor veremos.

Sobre tais preocupações versam também JONES e SUFRIN. As Autoras chamam à atenção para a necessidade de especial cuidado quando aplicado o Teste SSNIP para

---

<sup>75</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob cit.*, pp. 375-376.

<sup>76</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA, *ob. cit.*, p. 62.

<sup>77</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 375-377.

<sup>78</sup> EZRACHI, ARIEL (2016) – *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. 5.ª ed., Oregon: Hart Publishing., p. 34.

<sup>79</sup> *United States v El du Pont de Nemours & Co*, 351 US 377 (1956).

determinar, no âmbito do Art. 102.º, se a empresa se encontra ou não em posição dominante, dado que as falhas do Teste em contemplar o poder de mercado da empresa em apreço pode defraudar a sua utilidade – mais do que uma situação em que os preços se encontram acima dos níveis concorrenciais, trata-se de uma situação na qual o preço prevalecente é demasiado baixo<sup>80</sup>.

Tal como observa SCHAERR<sup>81</sup>, um preço mais elevado do que o preço concorrencial leva ao alargamento tanto do mercado de produto, como do mercado geográfico: no primeiro caso, aumentar o número de substitutos aumenta também o número de diferentes produtos cujos vendedores teriam de proceder ao aumento de 5% de forma lucrativa; no segundo caso, o preço mais elevado aumenta a área geográfica na qual os vendedores teriam de conseguir lucrar com o dito aumento de 5%. O problema é colocado de forma bastante esquemática por MOTTA<sup>82</sup>: o Teste SSNIP pode levar a uma definição de mercado demasiado ampla, o que levará à assunção de quotas de mercado demasiado baixas e, finalmente, à conclusão de que a empresa não se encontra em posição dominante, quando tal pode não ser factual.

No entender de WHISH e BAILEY<sup>83</sup>, quando aplicado o Teste SSNIP a situações nas quais o preço em vigor é o de monopólio, o aumento de preço implicado pela utilização deste Teste fará com que os consumidores, deixem de comprar o produto, sem que sequer o substituam. Sendo o teste aplicado entre o produto em situação de monopólio e outro, tal poderá sugerir que um grau elevado de substituíbilidade, visto que os consumidores já se encontram num ponto no qual deixarão de comprar o produto em situação de monopólio. Assim sendo, como temos vindo a referir, o Teste criará mercados demasiado amplos, com a inclusão de falsos substitutos.

Sobre tais preocupações debruçou-se igualmente a Comissão Europeia no *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to*

---

<sup>80</sup> JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA, *ob. cit.*, p. 66.

<sup>81</sup> SHAERR, GENE C. (1985) – *The Cellophane Fallacy and the Justice Department's Guidelines for Horizontal Mergers*. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr94&div=31&g\\_sent=1&casa\\_token=W-SX80gu-OkAAAAA:ee5HwZdgtIuYVPpoFXOoR8ziFr4\\_vm9nRe9nNb8k\\_XP-O-3sJedMHZMfHDq2aGjHMdLUPGrb7Z5h&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr94&div=31&g_sent=1&casa_token=W-SX80gu-OkAAAAA:ee5HwZdgtIuYVPpoFXOoR8ziFr4_vm9nRe9nNb8k_XP-O-3sJedMHZMfHDq2aGjHMdLUPGrb7Z5h&collection=journals). Também publicado in *The Yale Law Journal*, Vol. 94, N.º 3 (Jan. 1985), pp. 670-693, p. 676.

<sup>82</sup> MOTTA, MASSIMO, *ob. cit.*, p. 105.

<sup>83</sup> WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID, *ob. cit.*, p. 31.

*exclusionary abuses*<sup>84</sup>. No Ponto 15, a Comissão refere os problemas apresentados pelo uso do Teste SSNIP em mercados nos quais o preço não seja concorrencial, ressaltando no Ponto 16 que o Teste permanece útil no caso de o preço ser o de monopólio, dado que permite servir enquanto indicativo dos padrões de substituição dos consumidores no âmbito desses preços.

Outro dos problemas apresentados pelo Teste SSNIP surge quando em confronto com serviços gratuitos. De acordo com as premissas do teste, questiona-se como reagiria o consumidor se um determinado serviço (até aqui disponibilizado de forma gratuita), passasse a ser disponibilizado por um determinado preço, tal como sucedeu no Caso *Microsoft/Skype*<sup>85</sup>. Neste caso, a Comissão observou que, cobrando um preço pelo serviço, a maioria dos consumidores mudaria para um serviço alternativo, ou seja, uma empresa pode exercer poder de mercado ao cobrar por um serviço anteriormente gratuito.

Conclui-se, por isso, que a alta sensibilidade do consumidor ao estabelecimento de um preço não é determinante, já que o preço não é a única condicionante em termos concorrenciais – não é, sequer, uma condicionante particularmente relevante em Mercados Multilaterais, nos quais as empresas se encontram em condições de dominar o Mercado através de produtos e serviços disponibilizados de forma gratuita. Assim sendo, estas empresas encontram-se em condições de exercer poder de mercado oferecendo o produto ou serviço de forma gratuita. A aparente gratuitidade do serviço cria uma lacuna na forma de funcionamento do Teste SSNIP, já que as empresas estão em condições de exercer poder de mercado através da detenção de elevada quantidade de dados pessoais – que, como referimos previamente, podem ser por si só um preço pela utilização do serviço, sem que tal possa ser captada pelo método de funcionamento deste Teste<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Comissão Europeia (2005) – *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*.

<sup>85</sup> *Microsoft/Skype*, Caso COMP/M.6281. Decisão da Comissão Europeia C(2011)7279, de 7 de outubro de 2011.

<sup>86</sup> STUCKE, MAURICE; GRUNES, ALLAN, *ob. cit.*, pp 122-124.

### 5.3. As soluções propostas para o preenchimento das lacunas do Teste SSNIP

Perante os problemas apresentados pela solução atualmente em vigor, a doutrina tem vindo a desdobrar-se em diversas posições distintas acerca do tema. Iniciaremos o nosso estudo pelas alternativas mais convencionais, seguidas por alternativas mais moderadas, e por fim apresentando as alternativas mais inovadoras no sentido de resolver este problema, colocando a tónica nas decisões da Comissão Europeia e nos Acórdãos dos Tribunais Europeus que têm vindo a seguir este ou aquele sentido.

A solução mais convencional – e que, por diversas vezes, foi seguida pelas instituições europeias – consiste no afastamento do Teste SSNIP, em detrimento do uso de critérios tradicionais, como seja o critério da elasticidade-preço cruzada da procura de um produto<sup>87</sup>. Contudo, sucede que esta opção se encontra ancorada em métodos altamente falíveis do ponto de vista económico, dada a possibilidade de as empresas e os consumidores atuarem de forma diferente dos estudos utilizados como base para a análise.

Para outros Autores, a solução passaria pelas autoridades da concorrência procurarem outros indícios de posição dominante e abuso, caso necessário focando a sua análise nas características e na utilização que o utilizador pretende do produto. No caso de BISHOP e WALKER<sup>88</sup>, a definição de mercado e a definição de poder de mercado não pode estar completamente separada da análise dos efeitos concorrenciais, sobre pena de serem cometidos erros. Acrescentam os Autores que o poder de mercado deverá ser analisado como o poder de manter preços acima do nível que prevaleceria na ausência da alegada conduta anticoncorrencial. Se a análise do poder de mercado for levada a cabo sem ter em atenção a alegada conduta anticoncorrencial e a contra factualidade implícita à situação, erros serão cometidos.

---

<sup>87</sup> Ou seja, são avaliadas as características físicas dos produtos, a utilização pretendida, as preferências dos consumidores e os preços dos produtos, no caso do mercado material.

<sup>88</sup> BISHOP, SIMON; WALKER, MIKE (2010) – *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3.<sup>a</sup> ed., Londres: Sweet & Maxwell, pp. 103-105.

Também MASSIMO MOTTA<sup>89</sup> demonstra preocupação acerca da utilização deste Teste. Segundo o Autor, a aplicação do Teste SSNIP não deve ser tida como prova decisiva de que a delimitação do mercado deva ser mais ampla. Neste sentido, embora o Teste faculte uma perspectiva bastante útil no que respeita ao poder de mercado, devemos sempre discutir como o tornar operacional, nomeadamente através de ferramentas cujo uso permita a implementação do mesmo e que devem ser utilizadas e interpretadas à luz do teste<sup>90</sup>.

WHISH e BAILEY<sup>91</sup>, em relação a este tema – reconhecendo o especial cuidado necessário na aplicação do Art. 102.º nesta matéria – referem o exemplo britânico nos casos *Aberdeen Journals II*<sup>92</sup> e *BSkyB*<sup>93</sup>, nos quais se concluiu ser necessário encontrar formas alternativas de determinar se as empresas detinham poder de mercado e se se encontravam a praticar um abuso desse mesmo poder. No primeiro caso, o *Office of Fair Trading* olhou para a conduta e para os testemunhos da alegada empresa em posição dominante; no segundo caso, teve em consideração as características físicas dos canais pagos de desporto e as preferências dos consumidores.

GERADIN, LAYNE-FARRAR e PETIT<sup>94</sup> entendem que, perante as falhas apresentadas pelo Teste SSNIP – nomeadamente a “Falácia Celofane” – é necessário elaborar uma solução alternativa que permita obviar a este problema. Inicialmente, os Autores afirmam que poderíamos simplesmente estimar o preço antes de conduzir um Teste Hipotético Monopolista através do teste SSNIP ou um teste de perdas críticas. Todavia, os Autores chamam à atenção para as dificuldades evidentes no que respeita à determinação do preço concorrencial. Uma solução alternativa consistiria em ignorar estes testes e ancorar a análise em evidências qualitativas. Porém, a mesma defraudaria as principais virtualidades dos métodos atualmente usados, nomeadamente assegurar que produtos

---

<sup>89</sup> MOTTA, MASSIMO, *ob. cit.*, pp. 105-113.

<sup>90</sup> Neste âmbito, MOTTA sugere vários indícios a serem articulados com o teste, que não aprofundaremos: elasticidade do preço, elasticidade cruzada, teste de relação entre preços, diferença de preços, características, uso dos produtos e preferências do consumidor, mercados temporais, sazonais e múltiplos, mercados secundários e consistência de definições de mercado ao longo do tempo *cfr.* MOTTA, MASSIMO, *ob. cit.*, pp 105-113.

<sup>91</sup> WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID, *ob. cit.*, pp. 32-33.

<sup>92</sup> *Aberdeen Journals II (remitted case)*, Caso N.º CA98/14/2002, Decisão de 25 de setembro de 2002 do *Office of Fair Trading*.

<sup>93</sup> *BSkyB*, Caso N.º CA98/20/2002, Decisão de 30 de janeiro de 2003 do *Office of Fair Trading*.

<sup>94</sup> GERADIN, DAMIEN, LAYNE-FARRAR, ANNE; PETIT, NICOLAS, (2012) - *EU Competition law and economics*. Oxford: *Oxford University Press*, pp. 185-186.

fisicamente similares são incluídos no mesmo mercado apenas quando os consumidores os considerem substitutos e identificar aqueles produtos menos similares que devam ser incluídos no respetivo mercado, dado que os consumidores os consideram como substitutos.

Assim sendo, segundo os Autores, a melhor opção consistiria em utilizar o Teste SSNIP ou o teste de perdas críticas, comparando os resultados dos mesmos com outras medidas, de forma a assegurar que o mercado não foi definido de forma demasiado ampla e, conseqüentemente, tenha sido erroneamente considerada a falta de poder de mercado. A opção sugerida pelos mesmos consistiria em considerar múltiplos testes com parâmetros qualitativos, onde resultados consistentes entre as várias evidências ofereceria a forma mais confiável de definição de mercado.

#### **5.4. A abordagem económica ou baseada nos efeitos do Art. 102.º TFUE**

As soluções que exploramos no ponto anterior são aquelas que chamaremos “soluções de compromisso”. Sem que se venham a distanciar muito do Teste SSNIP, nunca chegam a apresentar soluções verdadeiramente inovadoras face a este problema, muitas vezes recorrendo até a métodos mais antigos e menos fiáveis do ponto de vista económico.

Sucede que, conforme temos vindo a estudar, a problemática dos Efeitos de Rede e de Aprisionamento, no seio de uma Nova Economia em constante mutação, requer que surjam soluções tão ou mais inovadoras do que as próprias indústrias nesta inseridas.

A solução mais inovadora surgiu pelas mãos de STEVE C. SALOP: a proposta do Autor consiste em centrar a análise nos efeitos anticoncorrenciais da conduta alegadamente abusiva, nos casos em que não é possível a identificação objetiva e rigorosa do Mercado Relevante. Os conceitos de poder de mercado e de mercado relevante tornam-se, assim, meramente instrumentais face ao objetivo de apreciação dos efeitos da conduta no

mercado<sup>95</sup>. A sua importância vê-se relegada para segundo plano, em favor do foco dado aos efeitos anticoncorrenciais da conduta – onde houver evidência direta do efeito anticoncorrencial, a análise do poder de mercado é, certamente, irrelevante<sup>96 97</sup>.

A esta conclusão se chegou no Caso *Kodak*<sup>98</sup>, também referido por SALOP, segundo o qual é razoavelmente lógico inferir que a *Kodak* detinha poder de mercado para aumentar os preços e eliminar os seus concorrentes, já que são oferecidas evidências diretas de que a *Kodak* procedeu dessa forma<sup>99</sup>.

Assim sendo, o poder de mercado e a definição de mercado não deverão ser analisados no vácuo, através de um teste que se encontre divorciado da conduta em si e da alegação acerca dos seus efeitos. É necessário atentar ao *true core of antitrust*, analisando o poder de mercado enquanto o poder de, lucrativamente, aumentar ou manter o preço acima dos níveis concorrenciais, que seria o preço prevalecente na ausência da alegada conduta anti concorrenciais<sup>100</sup>.

Posto isto, o Autor sugere uma abordagem denominada *first principles approach*: nesta perspectiva, esta abordagem providencia uma moldura estabelecida com o objetivo de seguir uma análise mais precisa, por respeito à manutenção de um sentido de lógica e consistência, de forma a que sejam evitadas armadilhas analíticas e erros factuais – nos quais se integram a “Falácia Celofane”, que já tivemos oportunidade de explorar. Mais importante, esta abordagem permite evitar definições incorretas de mercado, além de que será possível evitar uma discussão necessária em relação ao escopo exato do mercado relevante, ao invés focando a atenção nos factos controvertidos e os seus eventuais efeitos da conduta no bem-estar do consumidor.

Esta abordagem é ancorada em dois pilares probatórios distintos: em primeiro lugar, é necessário demonstrar o poder da empresa em alegada posição dominante de causar prejuízo às empresas concorrentes (a empresa tem de deter poder de excluir os seus

---

<sup>95</sup> PAIS, SOFIA OLIVEIRA, *ob. cit.*, pp. 454-445.

<sup>96</sup> BISHOP, SIMON; WALKER, MIKE, *ob. cit.*, pp. 104-105.

<sup>97</sup> Segundo SALOP, os efeitos da conduta constituem o *true core of antitrust*, *cfr.* SALOP, STEVE C., *The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium*. Disponível em <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=facpub>. Também publicado in *Antitrust Law Journals*, 68, pp. 187-202, *Georgetown Law Faculty Publications*, p. 188.

<sup>98</sup> *Eastman Kodak Co v Image Technical Serv. Inc* (1992) 504 US 451.

<sup>99</sup> *Eastman Kodak Co.*, 477, tradução nossa.

<sup>100</sup> SALOP, STEVE C., *ob. cit.*, p. 188.

concorrentes); em segundo lugar, é ainda necessário demonstrar o prejuízo que do comportamento decorre para o consumidor (caso o consumidor consiga substituir o produto ou serviço por uma alternativa igualmente eficiente, não se considera que o mesmo tenha sido prejudicado)<sup>101</sup>.

O Autor deixa claro, contudo, que o poder de mercado é um conceito essencial ao direito da concorrência, mas critica a perspectiva segundo a qual o este é visto apenas como um teste, o que acarreta o risco de que não seja feita uma correta avaliação da conduta em apreço – a definição de mercado e o poder de mercado não são avaliados coerentemente, já que separados os conceitos de poder e efeito desvirtua-se a finalidade anticoncorrencial. Os conceitos de definição de mercado e de poder de mercado são assim usados posteriormente, com a finalidade de – após efetuada a análise direta dos efeitos anticoncorrenciais da conduta – determinar a probabilidade dos ditos efeitos<sup>102</sup>.

Segundo SALOP, esta solução permite à análise anticoncorrencial adaptar-se a um difícil contexto dinâmico, evitando-se uma aderência rígida a uma única perspectiva económica, ancorada nos conceitos de definição e poder de mercado. O Autor critica este elevado nível de reticências face à necessidade de mudança na análise económica, fruto de novas condições de mercado e avanços intelectuais<sup>103</sup>. Contudo, segundo BISHOP e WALKER, o ponto central da questão é que a perspectiva de SALOP requer uma análise menos centrada nos conceitos de mercado relevante e de poder de mercado, providenciada que se encontre uma análise cuidada que conclusivamente demonstre a existência de um comportamento anti concorrencial que cause prejuízo aos consumidores. Na perspectiva dos Autores, esta abordagem será de rara aplicação, dados os seus notórios conflitos com a letra do Art. 102.º TFUE<sup>104</sup>.

Contudo, a solução alicerçada numa análise centrada nos efeitos está longe de ser consensual junto da doutrina – colocando até de parte a questão atinente à letra do artigo 102.º. Atentemos nas palavras de WHISH e BAILEY, segundo os quais a prova dos efeitos anticoncorrenciais que esta perspectiva requer, considerada que seja a sua exigência, tornaria incomportável a aplicação do artigo – ao invés do problema dos falsos

---

<sup>101</sup> SALOP, STEVE C., *ob. cit.*, pp. 191-192.

<sup>102</sup> SALOP, STEVE C., *ob. cit.*, p. 191.

<sup>103</sup> SALOP, STEVE C., *ob. cit.*, p. 187.

<sup>104</sup> BISHOP, SIMON; WALKER, MIKE, *ob. cit.*, pp. 104-105

positivos, gerados pela atual abordagem formalista, surgiria um problema de falsos negativos<sup>105</sup>.

## **5.5. A abordagem económica no seio das Instituições Europeias**

### **5.5.1. As prioridades da Comissão Europeia na aplicação do Art. 102.º TFUE**

MIGUEL MOURA E SILVA<sup>106</sup>, sobre esta questão, refere o relatório solicitado pela Comissão Europeia ao Grupo Consultivo Económico para a Política da Concorrência. O relatório em apreço – que serviu como documento preparatório do relatório dos serviços da DG COMP sobre os abusos de exclusão<sup>107</sup> – dá especial atenção à necessidade de a noção de abuso de posição dominante passar de uma abordagem formalista, para uma abordagem centrada nos efeitos. Conforme salienta o Autor, “a abordagem económica significa que não há necessidade de estabelecer uma apreciação preliminar e separada da dominância. Pelo contrário, a ênfase é colocada no estabelecimento de uma consideração comprovável e coerente de dano económico significativo, pois tal efeito anticoncorrencial é o que realmente importa e é já prova de dominância”<sup>108</sup>.

Conforme a sua perspectiva, este ponto de vista, se levado às últimas consequências, levaria à alteração da redação do Art. 102.º TFUE, substituindo-o pela proibição de uma redução substancial da concorrência comportamental. O Autor esclarece, todavia, que uma alteração à redação do artigo – necessária para que passemos a adotar esta perspectiva – não parece ser sequer contemplada: as Orientações sobre abusos de

---

<sup>105</sup> Os Autores consideram “falsos positivos” os casos em que as autoridades da concorrência concluem erroneamente que o comportamento anticoncorrencial é abusivo e “falsos negativos” quando as autoridades da concorrência concluem erroneamente que o comportamento anticoncorrencial não é ilegal e, consequentemente, permitem-no, *cf.* WHISH, RICHARD; BAILEY, DAVID, *ob. cit.*, pp. 193-194.

<sup>106</sup> SILVA, MIGUEL MOURA E, (2018) – *Direito da Concorrência*. Lisboa: AAFDL Editora, pp. 897-899.

<sup>107</sup> EAGCP, *An Economic Approach to Article 82*, julho de 2005. Conforme o Autor faz notar, o documento em apreço não tem carácter vinculativo para a Comissão Europeia.

<sup>108</sup> EAGCP, *An Economic Approach to Article 82*, (Jul. 2005) *apud* SILVA, MIGUEL MOURA E, *ob. cit.*, p. 898.

exclusão mantêm o critério da posição dominante como um elemento fundamental na aplicação do Art. 102.º TFUE. Segundo este, tal perspectiva apresenta-se correta, visto que prescindir do requisito de posição dominante implicaria que o abuso só poderia ser constatado posteriormente, o que levaria a que a qualidade do agente deixasse de ser determinante, passando o critério do resultado – atual ou potencial – a ser o único exigido<sup>109</sup>.

Assumem, de facto, especial importância as mencionadas Orientações no que toca ao presente e ao futuro de uma abordagem baseada nos efeitos da conduta do Art. 102.º TFUE. Conforme indicam PEEPERKORN e VIERTIÖ<sup>110</sup>, a Orientação não constitui *statement of law*, mas antes uma tentativa de colocar a atual lei europeia sobre esta questão numa moldura analítica coerente, assegurando que a Comissão intervém onde mais importa, ou seja, quando o bem-estar do consumidor se encontra em risco.

Os Autores destacam três princípios atinentes à abordagem baseada nos efeitos da conduta, que são relevados na análise elaborada pelas Orientações: em primeira instância, as empresas dominantes devem ser livres para competir ferozmente no mercado, mas apenas na medida em que tal competição se demonstre benéfica para o consumidor; em segunda instância, a Comissão deverá estar alerta para os efeitos prováveis da conduta da empresa dominante, o que requer uma análise minuciosa e a apresentação de provas convincentes; em terceira instância, é destacado que seria complicado aplicar uma abordagem baseada nos efeitos da conduta e efetivamente proteger o consumidor sem examinar cuidadosamente eventuais exceções ligadas à eficiência da empresa dominante, pelo que as Orientações reconhecem a possibilidade da existência dessa eficiência, que deve ser tida em causa aquando da análise.

Estes princípios encontram-se cristalizados na expressão *anti-competitive foreclosure*. Segundo as Orientações, tal sucede quando o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais a abastecimento ou ao mercado é dificultada ou eliminada como resultado da conduta da empresa em situação de domínio – trata-se, assim, de condutas que trazem prejuízo ao consumidor.

---

<sup>109</sup> SILVA, MIGUEL MOURA E, *ob. cit.*, pp. 898.

<sup>110</sup> PEEPERKORN, LUC; VIERTIÖ, KATJA, (2009) – *Implementing an effects-based approach to Article 82*. Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009\\_1\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf). *Competition Policy Newsletter*, N.º 1 (2009), pp. 17-20, p. 17.

Segundo MONTI<sup>111</sup>, são quatro os pontos de maior inovação trazidos pelas Orientações no que respeita à análise de domínio de mercado: em primeiro lugar, não há qualquer referência à presunção surgida no Acórdão *Akzo*<sup>112</sup> de que quotas de mercado superiores a 50% são indicativas de domínio de mercado; em segundo lugar, define domínio como uma posição de poder de mercado substancial durante um certo período de tempo, normalmente dois anos; em terceiro lugar, as Orientações compilam uma lista de fatores económicos no sentido de testar o poder de mercado (como sejam as barreiras à entrada e expansão), sendo possível encontrar aqui muito mais sofisticação económica do que aquela que é encontrada em casos anteriores; em quarto e último lugar, a Comissão explica que, na sua experiência, quotas de mercado inferiores a 40% raramente indicam que a empresa possa ser dominante.

### **5.5.2. A relevância do Caso *Intel*<sup>113</sup> na adoção de uma abordagem económica**

Conforme destacado por MONTI, o caso no qual melhor podemos perceber, na prática, o funcionamento da abordagem baseada nos efeitos da conduta é através do Caso *Intel*, que demonstra alguns aspetos importantes que são encontrados nas Orientações<sup>114</sup>. Na análise de PAUL NIHOUL, o objetivo louvável das Orientações está em evitar resultados negativos, propondo que seja limitada a análise dos casos de abuso de posição dominante aos casos em que seja possível estabelecer, através de ferramentas económicas, a existência de efeitos negativos concretos para os consumidores<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> MONTI, GIORGIO, (2010) – *Article 82 EC: What Future For the Effects Based Approach?* Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpp005>., Também publicado in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 1, N.º 1 (Jan. 2010), *Oxford Academic*, p. 2.

<sup>112</sup> Ac. do TJ de 3 de julho de 1991, *AKZO contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-62/86.

<sup>113</sup> Ac. do TG de 12 de junho de 2014, *Intel Corp. Contra Comissão*, Processo T-286/09 e Ac. do TJ de 6 de setembro de 2017, *Intel Corp. Contra Comissão*, Processo C-413/14P.

<sup>114</sup> MONTI, GIORGIO, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>115</sup> NIHOUL, PAUL (2014) - *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?* Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu088>. Também publicado in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, Issue 8 (Out. 2014), *Oxford Academic*, pp 521-522.

O plano de fundo do Caso *Intel* centra-se nas alegadas práticas de exclusão por parte da empresa americana. O mercado relevante foi definido como o dos chips de arquitetura x86, no qual a Intel detinha uma quota de mercado estável de 80%. Neste caso, os Tribunais Europeus entenderam que o abuso não depende da existência de concretos efeitos anticoncorrenciais, mas antes que as práticas de exclusão são abusivas quando tenham a capacidade de excluir o concorrente, ainda que tal não seja efetivamente conseguido, ou seja, a ausência de consequências negativas não é relevante<sup>116</sup>.

Do Caso *Intel*, NIHOUL<sup>117</sup> entende que são de retirar três ideias principais, alicerçadas na asserção de que os Tribunais Europeus se encontram pressionados no sentido de entender o abuso de posição dominante num sentido que permita restringir o número de situações a serem analisadas pelas autoridades da concorrência, o que até agora parece não estar a surtir qualquer efeito, já que os argumentos apresentados pelas partes e pela própria Comissão Europeia estão a sofrer alguma resistência junto dos Tribunais Europeus.

A primeira ideia é a de que, fruto da posição detida pelas empresas dominantes, às mesmas não pode ser permitido que imponham determinados constrangimentos às empresas concorrentes, que retire aos consumidores a possibilidade de escolher os produtos e serviços que correspondam às suas necessidades e às empresas concorrentes a possibilidade de apresentar esses produtos e serviços – o que implica que, nestes mercados, os produtos deixem de ser escolhidos por respeito a tríade de preço, qualidade e inovação.

A segunda ideia é aquela segundo a qual os comportamentos abusivos – neste caso os acordos de exclusão – não são compatíveis com a especial responsabilidade que recai sobre as empresas em situação de domínio de não praticarem determinados comportamentos que levem à deterioração do atual nível de concorrência, refletida no conceito de condições de mercado, ou seja, as características do mercado onde o comportamento tem lugar<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> NIHOUL, PAUL, *ob. cit.*, p. 524.

<sup>117</sup> NIHOUL, PAUL, *ob. cit.*, p. 325.

<sup>118</sup> Segundo NIHOUL, uma empresa detém uma posição de poderio económico quando já não pode ser desafiada pelos seus concorrentes de nenhuma forma que lhe permita perder esse poder, ou seja, deixa de existir pressão concorrencial sobre essa empresa.

A terceira e última ideia indica que as práticas anticoncorrenciais nas quais incorre a empresa dominante tornam a entrada e expansão no mercado das empresas concorrentes uma missão mais difícil, já que geralmente não se encontram em situação financeira suficientemente estável – ou simplesmente equiparável à empresa dominante – para fazer frente ao domínio de mercado desta.

Consideradas estas observações, para NIHOUL<sup>119</sup> o debate não deverá assentar na questão de determinar se a abordagem baseada nos efeitos deva ou não ser central na determinação da ilegalidade das práticas da empresa dominante, mas antes se a determinação de tais efeitos deve ser estabelecida através de modelos económicos específicos estabelecidos pelas autoridades da concorrência ou por entidades privadas, antes ainda de proceder contra a empresa dominante. Neste ponto, o Caso *Intel* parece confirmar que os consumidores não podem ser privados da possibilidade de fazer as suas escolhas e que, em mercados nos quais a concorrência já se encontre danificada em resultado da existência de uma empresa dominante, a sua estrutura concorrencial deve ser salvaguardada. Na sua perspectiva, impera que não sejamos ingénuos: nas Orientações, a Comissão demonstra empenho no sentido de aproximar o Direito da Concorrência das teorias económicas que atualmente dominam o debate desta questão, nomeadamente nos Estados Unidos.

O Caso *Intel* foi, assim, o teste feito pelos Tribunais Europeus à abordagem económica do 102.º, tendo levantando uma onda de opiniões na doutrina europeia, muitas delas no sentido de criticar a decisão (e respetiva fundamentação) de aplicar uma multa de 1.06 mil milhões de euros à Intel, pela violação do disposto no Art. 102.º TFUE.

Um dos pontos de maior controvérsia centra-se na dispensa da análise dos efeitos reais da conduta e da aplicação do teste do concorrente igualmente eficiente: a decisão centra-se na possibilidade hipotética dos descontos praticados pela Intel eliminarem um concorrente igualmente eficiente. Segundo a argumentação utilizada, a consideração de que o desconto é ilegal não requer que sejam escrutinadas as circunstâncias do caso, acrescentando-se que não é necessário que a Comissão demonstre a capacidade de exclusão dos concorrentes em todos os casos. No sentido de estabelecer um efeito anticoncorrencial potencial, é suficiente demonstrar a existência de um mecanismo de

---

<sup>119</sup> NIHOUL, PAUL, *ob. cit.*, p. 530.

lealdade, sendo assim colocada de parte a necessidade de demonstração factual, mediante o teste do concorrente igualmente eficiente<sup>120</sup>.

O comentário de JIM VENIT, numa dura crítica a esta decisão, é intitulado *All Steps Backward and No Steps Forward*: segundo o Autor, aquilo que surge como uma tentativa de modernização do Art. 102.º, produz o resultado diametralmente oposto, dado que rejeita a necessidade de demonstrar quaisquer efeitos ou prejuízo causados ao consumidor, ou de aplicar um teste baseado no custo. Segundo o seu entender, esta decisão vai precisamente no sentido oposto à adoção de uma abordagem baseada nos efeitos da conduta.<sup>121</sup>

A perspetiva económica surge também duramente criticada pelas mãos de WOUTER P.J. WILS<sup>122</sup>: o Autor opina que a abordagem económica do Art. 102.º beneficia interesses poderosos, nomeadamente os das empresas em situação de domínio, que facilmente seguiram a via da formação de lobbies contra a lei europeia. GERADIN vê já aqui uma decisão em linha com a do Caso *Hoffmman La-Roche*<sup>123</sup> – e com a sua consequente visão formalista – lançando o apelo no sentido de não serem ignoradas as perspetivas praticamente unânimes junto da literatura económica, ligadas à abordagem baseada nos efeitos da conduta<sup>124</sup>.

Juntamente com NIHOUL, também WHISH procura seguir uma visão equilibrada no âmbito do Caso *Intel*. Num momento em que o apelo da Intel era ainda incipiente, já o Autor destacava que a decisão do Tribunal de Justiça acerca do mesmo seria um dos mais importantes em matéria de Direito da Concorrência num intervalo de muitos anos, dado que as críticas que lhe são apontadas não lhe parecem ter qualquer fundamento. Para WHISH, o Tribunal de Justiça não rejeitou, de forma alguma, a abordagem baseada nos efeitos ou o que se encontra plasmado nas Orientações, já que se mostrou

---

<sup>120</sup> EZRACHI, ARIEL, *ob. cit.*, pp. 257-259.

<sup>121</sup> VENIT, JAMES S. (2014) – *Case T-286/09 Intel v Comission – The Judgement of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*. Disponível em <https://doi.org/10.5235/17441056.10.2.203>. Também publicado in *European Competition Journal* (Jun. 2015), Routledge – Talor and Francis Group.

<sup>122</sup> WILS, WOUTER P.J. (2014) – *The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance*. Disponível em <http://ssrn.com/author=456087>, pp. 31-33.

<sup>123</sup> Ac. do TJ de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 85/76.

<sup>124</sup> GERADIN, DAMIEN (2015) – *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffmman La-Roche*. Publicado in *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 11, Issue 3 (Set. 2015), *Oxford Academic*, pp. 37.38.

comprometido para com esta abordagem em Casos como *TeliaSonera* e *Post Denmark*.<sup>125</sup>

Da mesma forma, JONES e SUFRIN<sup>126</sup> colocavam a possível decisão do Tribunal de Justiça numa de duas hipóteses: a primeira consiste em concordar com a decisão do Tribunal Geral – que muitos entendem ferir a modernização do artigo 102.º - ou se, por outro lado, será proposta a mudança para uma abordagem que requeira a demonstração do potencial dos acordos para produzir efeitos anticoncorrenciais no contexto legal e económico nos quais operam.

Em setembro de 2017, o Tribunal de Justiça cumpriu (em parte) a previsão de WHISH, emanando um Acórdão cuja decisão reveste um dos conteúdos mais importantes em matéria de Direito da Concorrência e, nomeadamente, no que respeita à abordagem baseada nos efeitos da conduta. Assim sendo, ao seguir a segunda hipótese sugerida por JONES e SUFRIN, o TJ optou pela devolução da questão ao TG, indicando que cabe ao primeiro examinar os argumentos apresentados pela Intel, trabalho que a Comissão falhou em executar. Concluímos assim que, a decisão do TJ – e o grande teste à abordagem baseada nos efeitos da conduta – vem solidificar a necessidade de demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da conduta, o que nos parece trilhar o caminho para a modernização do Art. 102.º.

---

<sup>125</sup> WHISH, RICHARD (2015) – *Intel v. Comission: Keep calm and carry on!* Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu108>. Também publicado in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 6., N.º1 (Jan 2015), Oxford Academic, pp. 1-2.

<sup>126</sup> JONES, ALISON; BRENDA, SUFRIN (2015) – *The European Way – reflection on the Intel Judgement*. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clpd1&div=7&g\\_sent=1&casa\\_token=7q6OTSvoUOkAAAAA:2ZeO\\_acADivhmgOMH2dgGTFIjJSDRN9TFZ4JRLJF\\_rbAqP2shCpellBA45rA0-UYC99yknlzMgpt&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clpd1&div=7&g_sent=1&casa_token=7q6OTSvoUOkAAAAA:2ZeO_acADivhmgOMH2dgGTFIjJSDRN9TFZ4JRLJF_rbAqP2shCpellBA45rA0-UYC99yknlzMgpt&collection=journals). Também publicado in *Competition Law and Policy Debate*, Vol. 1, Issue 1 (Fev. 2015), *Hein Online*, pp. 40-41.

## 5.6. A abordagem económica ou baseada nos efeitos no âmbito dos Grandes Dados

### 5.6.1. O Caso *Google Search (Shopping)*<sup>127</sup>

Conforme havíamos constatado previamente, os Grandes Dados são um dos maiores desafios apresentados pelas indústrias inseridas na Nova Economia<sup>128</sup>, obrigando as autoridades da concorrência a abordar certas situações com maior precaução, atentas às peculiaridades destes mercados, que temos vindo a explorar.

No que respeita ao Caso *Google Search (Shopping)*, sucedeu que, em 2015, a Comissão Europeia – após cinco anos de investigações – lançou o *Antitrust: Commission Probes allegations of Antitrust violations by Google*<sup>129</sup>: de acordo com a Comissão, a Google, detendo uma posição de domínio no mercado dos motores de busca, sistematicamente deu preferência a entidades com as quais detém relações comerciais, infringindo o disposto no Art. 102.º. Em 2017, a Comissão chegou à sua decisão final, concluindo que a Google terá abusado do seu domínio de mercado enquanto motor de busca, visto que deu uma vantagem ilegal a outro produto da Google – o seu serviço de comparação de compras<sup>130 131</sup>.

A dinâmica de mercado na qual a Google se integra baseia-se na utilização de um serviço de forma gratuita. Conforme elucidam FALCE e GRANIERI, o modelo de negócio do motor de busca Google é baseado em vender a atenção dos utilizadores a empresas que estejam interessadas em publicitar determinados produtos nas páginas dos

---

<sup>127</sup> *Google Search (Shopping)*, Processo AT.39740, Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017.

<sup>128</sup> Vide Ponto 3.

<sup>129</sup> Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-1624\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm).

<sup>130</sup> FALCE, VALERIA; GRANIERI, MASSIMILIANO (2017) – *Search Design Policy, Digital Disruption and Competition Law. Market and Competition Law Review*, Vol. 1, N.º 2 (Out. 2017), pp. 15-44, p. 19.

<sup>131</sup> Tal como surge mencionado no Comunicado de Imprensa relativo a esta decisão, os utilizadores do *Google Search* clicam muito mais facilmente nos resultados de pesquisa que lhes são imediatamente visíveis, pelo que o facto de serem colocados no topo os serviços do *Google Shopping* confere à empresa uma vantagem significativa face aos seus rivais. Cfr. o Comunicado de Imprensa disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm).

resultados – integra-se nos mercados multilaterais, que tivemos oportunidade de explorar<sup>132</sup>.

Conforme destacado pelo Ponto 10 do Resumo da Decisão da Comissão<sup>133</sup>, “O comportamento da Google é abusivo porque: (...) ii) é suscetível de ter, ou tem provavelmente, efeitos anticoncorrenciais nos mercados nacionais dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral.”. A Comissão segue, assim, uma perspectiva focada nos efeitos anticoncorrenciais potenciais, em muito similar àquela que havia sido seguida inicialmente no Caso Intel, ordenando à multinacional americana o término do abuso, assim como a aplicação de uma coima de 2.42 mil milhões de euros.

De notar ainda que, como observa BEATA MAIHANIEMI, não sendo certo que a Google consegue eliminar os seus concorrentes, que tentam entrar no mercado através da roda da inovação disruptiva, facto é que controla uma quantidade de dados que lhe permite partir sempre em posição de vantagem, abrindo a porta a comportamentos abusivos<sup>134</sup>. A decisão tomada pela Comissão Europeia parece-nos, portanto, adequada, ainda que possam voltar a ser colocadas as reservas apresentadas por diversos Autores no Ponto 5.5.2. acerca de uma abordagem baseada meramente nos efeitos potenciais. Destarte, a evolução do Caso em apreço trará também desenvolvimentos relevantes em matéria da abordagem baseada nos efeitos, estando aqui também em causa a relação triangular que havia sido mencionada a título introdutório.

---

<sup>132</sup> FALCE, VALERIA; GRANIERI, MASSIMILIANO, *ob. cit.*, pp. 23-24.

<sup>133</sup> Disponível em [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).

<sup>134</sup> MAIHANIEMI, BEATA (2017) – *The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets: The analysis of chosen practices of Google Search*. Publicado in *Market and Competition Law Review*, Vol. 1, N.º 1 (Abr. 2017), pp. 111-139, pp. 18-19.

### 5.6.2. O Caso *Facebook v Bundeskartellamt*

Por outro lado, atentemos ainda à situação do *Facebook*<sup>135</sup>, nomeadamente naquilo que diz respeito ao Caso *Facebook v. Bundeskartellamt*. Em março de 2016, a Autoridade da Concorrência Alemã iniciou uma investigação à rede social americana, ao abrigo do Art. 102.º TFUE. Para MCLEOD<sup>136</sup>, tal não era inesperado, todavia constitui o primeiro caso em que uma autoridade da concorrência europeia inicia uma investigação por suspeitar que dados pessoais ou os contratos para utilização dos mesmos está a ser feita de forma irregular – o que torna este Caso fulcral no que respeita à problemática dos Grandes Dados em Mercados caracterizados por Efeitos de Rede.

Em 19 de dezembro de 2017, numa análise preliminar, o *Bundeskartellamt* declarou que o Facebook estava a incorrer num abuso de posição dominante, fruto da imposição da aplicação de políticas de privacidade enganadoras no que respeita a dados recolhidos de sites pertencentes a terceiros. O Comunicado de Imprensa emanado pelo *Bundeskartellamt*<sup>137</sup> refere as preocupações relacionadas com a recolha de dados por esses sites pertencentes a terceiros – sejam ou não subsidiários do *Facebook* – considerando-se fulcral o elemento consentimento, visto que muito dos utilizadores não estão cientes de que tal tratamento dos seus dados pessoais está a ser realizado por terceiros.

Esta decisão soa os alarmes do Direito da Concorrência no que respeita à incorporação de uma racionalidade inerente à proteção de dados, reconsiderando-se a aplicação da perspetiva tradicional aos mercados digitais. A decisão destaca-se em dois pontos distintos: em primeiro lugar, por estabelecer a conexão existente entre dados pessoais e poder de mercado, no sentido em que a recolha de dados pessoais é considerada uma

---

<sup>135</sup> Atualmente, o *Facebook* é um exemplo paradigmático daquilo que constitui um Mercado Multilateral ou Plataforma (*Vide* Ponto 2.1.), visto que a sua sobrevivência se encontra dependente do fenómeno dos Efeitos de Rede. A venda de espaço publicitário nesta rede social está dependente do seu número de utilizadores.

<sup>136</sup> MCLEOD, ROBERT (2016) – *Novel but a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook*. *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 7, N.º 6, pp. 367-368.

<sup>137</sup> Disponível em [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

fonte de poder de mercado; e, em segundo lugar, por assumir um escopo mais alargado do Direito da Concorrência, abrangendo parâmetros além do preço<sup>138</sup>.

A investigação lançada pelo *Bundeskartellamt* reflete, com bastante nitidez, a necessidade de adaptar a interpretação do abuso de posição dominante à problemática da proteção de dados pessoais<sup>139</sup>. A grande peculiaridade destes mercados, liderados por empresas como o *Facebook*, reside no facto da possibilidade que os dados dos utilizadores dão a estas empresa de compreender os comportamentos dos seus utilizadores e criar perfis detalhados, que são consequentemente disponibilizados aos publicitários da plataforma<sup>140</sup>, fruto dos Efeitos de Rede que se verificam nesta indústria.

## 6. Conclusão

Na perspetiva de FALCE e GRANIERI, o status quo aparenta indicar a urgência de avançar com uma abordagem económica do Art. 102.º. A natureza peculiar dos serviços que geralmente se encontram no epicentro das problemáticas atinentes a abuso de posição dominante (muitas das vezes tratando-se produtos gratuitos, que traem as abordagens tradicionais, altamente orientadas para o fator preço) e a também natureza peculiar complexa dos mercados em apreço (inseridos numa Nova Economia que se encontra em constante mutação) urgem a que se acenda o debate acerca da aplicabilidade de uma abordagem baseada nos efeitos da conduta<sup>141</sup>.

As críticas à falta de alinhamento entre o Artigo 102.º e as doutrinas económicas maioritárias chamam à atenção para a necessidade de modernização do referido artigo, encontrando-se os Mercados caracterizados por Efeitos de Rede no centro desta problemática – nestes casos, mais do que a prova da existência do comportamento para

---

<sup>138</sup> SCHNEIDER, GIULIA (2018) – *Testing Art. 102.º TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt investigation against Facebook*. *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 9, Issue 4, (Abr. 2018), *Oxford Academic*, p. 5.

<sup>139</sup> SCHNEIDER, GIULIA, *ob. cit.*, p. 13.

<sup>140</sup> COLANGELO, GIUSEPPE; MAGGIOLINO, MARIATERESA (2017) – *Big Data, Data Protection and Antitrust in the Wake of the Bundeskartellamt Case Against Facebook*. Disponível em <http://iar.agcm.it/article/viewFile/12608/11414>. *Rivista Italiana di Antitrust*, p. 111.

<sup>141</sup> FALCE, VALERIA; GRANIERI, MASSIMILIANO, *ob. cit.*, p. 42.

determinar se o mesmo é abusivo, é também necessário dar especial enfoque aos efeitos anticoncorrenciais do mesmo.

Novamente, levanta-se o problema de determinar se os conceitos de quota de mercado e de definição de mercado são realmente capazes de capturar a realidade de uma dinâmica de mercado em constante evolução, questionando-se se a recente tendência no sentido de adotar a abordagem baseada nos efeitos não traria um “porto de abrigo” legal e económico, capaz de fazer frente ao confronto entre o reforço do Direito da Concorrência e a interferência das Autoridades da Concorrência.

Tal como referido aquando do estudo do Caso *Intel*, parece-nos que estão a ser dados passos no sentido de adotar esta abordagem, procurando-se ancorar a análise numa sólida demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da conduta alegadamente abusiva. Por outro lado, as Autoridades da Concorrência aparentam começar a reconhecer a ligação triangular entre os Grandes Dados, os Efeitos de Rede e a Abordagem baseada nos Efeitos da conduta, como facilmente se tornou perceptível no estudo dos Casos *Google Search (Shopping)* e *Facebook v. Bundeskartellamt*.

Perante a análise efetuada nesta Dissertação acerca destas diversas problemáticas, facto é que não cabe ao Direito da Concorrência deixar os Mercados Digitais entregues à destruição criativa, confiando que os monopólios que aí surgem sejam apenas temporários. Conforme a realidade o pôde demonstrar, as empresas em apreço têm nas suas mãos as armas necessárias para manter a concorrência de parte, transformando aquele que seria um ambiente extremamente concorrencial, num ambiente no qual a “bola de neve” alimentada por Efeitos de Rede e dados pessoais forma monopólios estáveis e duradouros. Cabe, portanto, ao Direito da Concorrência intervir, soprando porventura ventos (necessários) de mudança em matéria de Abuso de Posição Dominante Europeia.

## 7. Bibliografia

ARTHUR, W. BRIAN (1989) – *Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-In by Historical Events*. Disponível em <http://links.jstor.org/sici?sici=0013-0133%28198903%2999%3A394%3C116%3ACTIRAL%3E2.0.CO%3B2-R>. Também publicado in *The Economic Journal*, Vol. 99, N.º 394, (Mar., 1989), pp. 116-131, *Royal Economic Society*.

BISHOP, SIMON; WALKER, MIKE (2010) – *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3.ª ed., Londres: Sweet & Maxwell.

COLANGELO, GIUSEPPE; MAGGIOLINO, MARIATERESA (2017) – *Big Data, Data Protection and Antitrust in the Wake of the Bundeskartellamt Case Against Facebook*. Disponível em <http://iar.agcm.it/article/viewFile/12608/11414>. *Rivista Italiana di Antitrust*, p. 111.

EVANS, DAVID S.; SHMALENSSEE, RICHARD (2002) – *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*. Disponível em <http://www.nber.org/chapters/c10784>.

EZRACHI, ARIEL (2016) – *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. 5.ª ed., Oregon: Hart Publishing.

EZRACHI, ARIEL; STUCKE, MAURICE E. (2016) – *Virtual Competition*. Disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/article/7/9/585/2547746>. Também publicado in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 7, Issue 9 (Dez. 2016), pp. 585-586, *Oxford Academic*.

FARREL, JOSEPH; SALONER, GARTH (1986) – *Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation*. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1816461>. Também publicado in *The American Economic Review*, Vol. 76, N.º 5, (Dec. 1986), pp. 940-955, *American Economic Association*.

FAULL, JONATHAN; NIKPAY, ALI (2014) – *The EC Law of Competition*. 3.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

FALCE, VALERIA; GRANIERI, MASSIMILIANO (2017) – *Search Design Policy, Digital Disruption and Competition Law. Market and Competition Law Review*, Vol. 1, N.º 2 (Out. 2017), pp. 15-45.

GERADIN, DAMIEN (2015) – *Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffmann La-Roche*. Publicado in *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 11, Issue 3 (Set. 2015), Oxford Academic

GERADIN, DAMIEN, LAYNE-FARRAR, ANNE; PETIT, NICOLAS (2012) - *EU Competition law and economics*. Oxford: Oxford University Press.

GODIN, BENOIT (2004) - *The New Economy: what the concept owes to the OECD*. Publicado in *Research Policy*, Vol. 33, Issue 5 (Jul. 2004), pp. 679-690.

JOHNSON, PAUL A. (2017) – *Network effects, antitrust, and falsifiability: Keynote Address at the Antitrust Enforcement Symposium*. Publicado in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 5., Issue 3 (Out. 2017), pp. 341-346.

JONES, ALISON; SUFRIN, BRENDA (2016) – *EU Competition Law*. 6ª ed., Oxford: Oxford University Press.

JONES, ALISON; BRENDA, SUFRIN (2015) – *The European Way – reflection on the Intel Judgement*. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clpd1&div=7&g\\_sent=1&casa\\_token=7q6OTSvoUOkAAAAA:2ZeO\\_acADivhmgOMH2dgGTFIjJSDRN9TFZ4JRLJF\\_rbAqP2shCpellBA45rA0-UYC99yknlzMgpt&collection=journals](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clpd1&div=7&g_sent=1&casa_token=7q6OTSvoUOkAAAAA:2ZeO_acADivhmgOMH2dgGTFIjJSDRN9TFZ4JRLJF_rbAqP2shCpellBA45rA0-UYC99yknlzMgpt&collection=journals). Também publicado in *Competition Law and Policy Debate*, Vol. 1, Issue 1 (Fev. 2015), *Hein Online*, pp. 40-41.

KATZ, MICHAEL L.; SHAPIRO, CARL (1985) – *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, pp. 424-425. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/1814809>. Também publicado in *The American Economic Review*, Vol. 75, N.º 3 (Jul. 1985).

LÉGER, PHILIPPE (1999) – *Commentaire article par article des traités UE et CE*. Basileia: Helbing & Lichtenhahn.

MAIHANIEMI, BEATA (2017) – *The role of innovation in the analysis of abuse of dominance in digital markets: The analysis of chosen practices of Google Search*.

Publicado in *Market and Competition Law Review*, Vol. 1, N.º 1 (Abr. 2017), pp. 111-139.

MONTI, GIORGIO, (2010) – *Article 82 EC: What Future For the Effects Based Approach?* Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpp005>., Também publicado in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 1, N.º 1 (Jan. 2010), *Oxford Academic*.

MOTTA, MASSIMO (2008) – *Competition Policy: Theory and Practice*. 9.ª ed., *Cambridge: Cambridge University Press*.

NIHOUL, PAUL (2014) - *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?* Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu088>. Também publicado in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 5, Issue 8 (Out. 2014), *Oxford Academic*.

PAIS, SOFIA OLIVEIRA (2011) – *Entre Inovação e Concorrência: em Defesa do Modelo Europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

PEEPERKORN, LUC; VIERTIÖ, KATJA, (2009) – *Implementing an effects-based approach to Article 82*. Disponível em [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009\\_1\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_5.pdf). *Competition Policy Newsletter*, N.º 1 (2009), pp. 17-20.

PORTO, MANUEL LOPES; ANASTÁCIO, GONÇALO (2012) – *Tratado de Lisboa: anotado e comentado*. Coimbra: Edições Almedina.

SALOP, STEVE C., *The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium*. Disponível em <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1201&context=facpub>. Também publicado in *Antitrust Law Journals*, 68, pp. 187-202, *Georgetown Law Faculty Publications*.

SHAERR, GENE C. (1985) – *The Cellophane Fallacy and the Justice Department's Guidelines for Horizontal Mergers*. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr94&div=31&g\\_sent=1&casa\\_token=W-SX80gu-](https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr94&div=31&g_sent=1&casa_token=W-SX80gu-)

[OkAAAAA:ee5HwZdgtIuYVPpoFXOoR8ziFr4\\_vm9nRe9nNb8k\\_XP-O-3sJedMHZMfHDq2aGjHMdLUpGrb7Z5h&collection=journals](#). Também publicado in *The Yale Law Journal*, Vol. 94, N.º 3 (Jan. 1985), pp. 670-693.

SHY, OZ (2007) – *The Economics of Network Industries* (Graduate Lecture Notes). Disponível em <http://ozshy.x10host.com/gradnet11.pdf>.

SILVA, MIGUEL MOURA E, (2018) – *Direito da Concorrência*. Lisboa: AAFDL Editora.

SCHUMPETER, JOSEPH (2003) – *Capitalism, Socialism & Democracy*. Londres: Taylor & Francis e-Library.

SCHNEIDER, GIULIA (2018) – *Testing Art. 102.º TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt investigation against Facebook*. *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 9, Issue 4 (Abr. 2018), Oxford Academic.

STUCKE, MAURICE; GRUNES, ALLEN (2016) – *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press.

VAN THEMAAT, WEIJER VERLOREN; BEREND, REUDER (2014) – *European Competition: A Case Commentary*. Cheltenham; Northampton: Elgar Commentaries.

VENIT, JAMES S. (2014) – *Case T-286/09 Intel v Comission – The Judgement of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward*. Disponível em <https://doi.org/10.5235/17441056.10.2.203>. Também publicado in *European Competition Journal* (Jun. 2015), Routledge – Taylor & Francis Group.

VESTAGER, MARGRETHE (2016) – *Competition in a Big Data World*. Disponível em [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en).

WHISH, RICHARD (2015) – *Intel v. Comission: Keep calm and carry on!* Disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu108>. Também publicado in *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 6., N.º1 (Jan 2015), Oxford Academic.

WHISH, RICHARD; BAILEY DAVID (2012) – *Competition Law*. 7.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

WILS, WOUTER P.J. (2014) – *The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called “more economic approach” to abuse of dominance*. Disponível em <http://ssrn.com/author=456087>.

## **Acórdãos do Tribunal Geral**

- Ac. do TG de 12 de junho de 2014, *Intel Corp. Contra Comissão*, Processo T-286/09.

## **Acórdãos do Tribunal de Justiça**

- Ac. do TJ de 6 de setembro de 2017, *Intel Corp. Contra Comissão*, Processo C-413/14P;
- Ac. do TJ de 3 de julho de 1991, *AKZO contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-62/86;
- Ac. do TJ de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 85/76.

## **Decisões da Comissão Europeia**

- *Microsoft/Skype*, Caso COMP/M.6281. Decisão da Comissão Europeia C(2011)7279, de 7 de outubro de 2011;
- *Google Search (Shopping)*, Processo AT.39740, Decisão da Comissão de 27 de junho de 2017.

## **Casos de Tribunais Nacionais e Autoridades da Concorrência**

- *Aberdeen Journals II (remitted case)*, Caso N.º CA98/14/2002, Decisão de 25 de setembro de 2002 do *Office of Fair Trading*;

- *BSkyB*, Caso N.º CA98/20/2002, Decisão de 30 de janeiro de 2003 do *Office of Fair Trading*;
- *Eastman Kodak Co v Image Technical Serv. Inc* (1992) 504 US 451;
- *United States v El du Pont de Nemours & Co*, 351 US 377 (1956).