

A portabilidade dos Dados Pessoais nas plataformas digitais – uma solução para evitar as barreiras de entrada do Mercado?

Inês Duarte de Matos

Orientação por:

Professor Doutor João Confraria

Mestrado em Direito e Gestão

Junho de 2020

“I believe that a healthy competitive environment in these markets requires that consumers can easily and cheaply transfer the data they uploaded in a service onto another service. The portability of data is important for those markets where effective competition requires that customers can switch by taking their own data with them (...) whether this is a matter for regulation or competition policy, only time will tell.”

Commissioner Joaquín Almunia

Speech - Competition and personal data protection

26 november 2012

Aos meus pais que me encorajaram sempre a fazer mais e melhor.

À minha irmã pelo pensamento crítico e apoio constante.

Aos meus avós e tios que sempre consideraram a educação e a cultura como prioridade.

Aos professores que, ao longo do meu percurso académico, me motivaram a querer aprender mais.

LISTA DE ACRÓNIMOS

UE	União Europeia
EUA	Estados Unidos da América
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Índice

1. Introdução	6
2. Enquadramento	8
3. Evolução da Portabilidade dos dados	12
4. Estrutura do Direito de Portabilidade dos Dados	15
5. Direito da Portabilidade nas plataformas <i>online</i> e o Direito da Concorrência	17
6. Infraestruturas essenciais	26
7. Conclusão: o futuro da portabilidade.....	30
8. Bibliografia.....	32

1. Introdução

Esta dissertação visa analisar o Direito à Portabilidade de Dados recentemente positivado no RGPD e como este pode alterar a dinâmica da concorrência em especial nas plataformas digitais.

Começo assim por fazer um enquadramento sobre o contexto da privacidade de dados, demonstrando a sua evolução e crescente relevância no quadro nacional e internacional.

O terceiro capítulo foca-se na evolução da portabilidade de dados que, embora recente, foi desenvolvida desde 2012 pela Comissão Europeia e pelo Parlamento Europeu¹ até à versão que temos hoje no Regulamento europeu e que foi transposta para a lei nacional².

Após este enquadramento, é necessário analisar a estrutura da norma e como se aplica, sendo seguida pelo capítulo que versa sobre a concorrência nas plataformas *online* e como a portabilidade modifica os efeitos de rede e os custos de transação.

Relativamente à concorrência e abuso de mercado, é apresentada uma solução baseada na doutrina sobre as infraestruturas essenciais, demonstrando que a nova economia digital deve passar pelas questões da portabilidade como forma de desbloquear os problemas atuais de concorrência e de controlo de dados pessoais, sendo que este trabalho estará mais focado nos primeiros, através da análise de jurisprudência internacional.

Em forma de conclusão, será abordada a interoperabilidade como o futuro do artigo 20º que segundo os considerandos teria esta questão como verdadeiro objetivo final.

Palavras-chave: Portabilidade; Dados pessoais; Concorrência; RGPD; Plataformas Digitais

¹ *Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and On the Free Movement Of Such Data (General Data Protection Regulation), art. 18, at 53, COM (2012) 11 final (Jan. 25, 2012)*

² Lei nº59/2019 que aprova as regras relativas ao tratamento de dados pessoais para efeitos de prevenção, deteção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, transpondo a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the recently Right to Data Portability in GDPR and how it can change the dynamics of competition especially in digital platforms.

I begin with the context of data privacy, showing its evolution and increasing relevance in the national and international framework.

The third chapter focuses on the evolution of data portability, which, although recent, has been developed since 2012 by the European Commission, and the European Parliament to the version we have today in the European Regulation and which has been transposed into national law.

After this framework, it is necessary to analyze the structure and how it applies, followed by the chapter that deals with competition in online platforms and how portability modifies network effects and transaction costs.

Regarding competition and market abuse, a solution based on the doctrine on essential facilities is presented, demonstrating that the new digital economy must go through portability issues as a way of unlocking the current problems of competition and control of personal data, according to the analysis of international case law.

In conclusion, interoperability will be addressed as the future of Article 20, which according to the recitals would have this issue as the final goal.

Keywords: Portability; Personal data; Competition; GDPR; Digital Platforms

2. Enquadramento

Os dados pessoais são hoje a moeda do mercado digital atual³, no sentido em que é um meio de troca entre consumidor e fornecedor. No entanto, de um ponto de vista económico, em certas circunstâncias, os dados pessoais têm características de um bem público típico uma vez que, digitalizados, podem ser utilizados por todas as plataformas, sendo difícil excluir, efetivamente, qualquer parte de usar os mesmos. Para além disso, as plataformas e serviços recolhem dados de forma tão universal e interconectada que é difícil controlar quem transfere e processa, quais dados e para que finalidades.

Estas características levam a problemas de mercado como é o caso da utilização excessiva de ativos e a degradação potencial dos mesmos⁴. A degradação do valor, em particular, é um desafio do mercado porque os dados pessoais são fornecidos em grande quantidade. Assim, é necessário pensar que se os dados são efetivamente a moeda do mercado digital, quanto é que poderão valer realmente.

A nível contabilístico, os dados fazem parte da classe de ativos intangíveis e, no que diz respeito aos métodos de avaliação deste tipo de ativos, a OCDE⁵ tem tentado obter uma estimativa monetária do valor dos dados pessoais, através da utilização da capitalização de mercado e lucro líquido por cada registo individual *online*. No entanto, a verdade é que mesmo que os valores monetários dos dados pessoais possam ser extraídos, estes não cobririam todo o benefício económico e social - tanto pessoal quanto para a sociedade em geral - que pode ser derivado dos dados. Como afirma a OCDE, uma análise que omite a consideração do *superavit* (excedente) do consumidor provavelmente subestimar os verdadeiros benefícios sociais e económicos dos dados pessoais, uma vez que não são capturados nos preços de mercado, considerando-se assim que as conclusões deste trabalho foram insatisfatórias: "todas as avaliações que saem das metodologias

³ V. Reding, "The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age – Innovation Conference Digital, Life, Design", Munich, 22 January 2012, SPEECH/12/26.

⁴ Spiekermann-Hoff, Sarah and Korunovska, Jana, "Towards a value theory for personal data", *Journal of Information Technology*, 32 (2017)

⁵ OECD Exploring the Economics Of personal data: A survey of methodologies for measuring monetary value", *OECD Digital Economy Papers*. OECD, Paris (2013)

devem ser utilizadas com cautela, no entendimento de que as estimativas monetárias dos valores serão dependentes do contexto".

Quanto à quantidade de dados, a sua produção no mundo está a crescer rapidamente, passando de 33 zettabytes em 2018 para 175 zettabytes esperados em 2025⁶. Os dados são uma força vital do desenvolvimento económico: são as bases para novos produtos e serviços, impulsionando ganhos de produtividade e eficiência de recursos em todos os setores da economia, permitindo produtos e serviços mais personalizados e possibilitando uma melhoria de todos os serviços governamentais e privados. A disponibilidade dos dados é essencial para a melhoria através da experiência dos sistemas de inteligência artificial, com produtos e serviços que passam rapidamente do reconhecimento de padrões e produção de perceções para técnicas de previsão mais sofisticadas e, desta forma, para melhores decisões.⁷

A necessidade da disponibilidade dos dados para a melhoria dos serviços gera questões quanto aos direitos fundamentais dos indivíduos – o direito de privacidade dos dados pessoais. A privacidade é um direito fundamental nos países ocidentais que deve ser respeitado e deve seguir a legislação que, em princípio, procura corresponder e adaptar-se às necessidades dos titulares de dados.

Em 1948, o direito de respeitar a privacidade foi pela primeira vez adaptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas positivado no artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸ e até aos anos 1960 o rápido progresso no tratamento de dados originou uma recolha extensa, criando bases com uma crescente evolução no seu processamento e interligação.

O primeiro meio de garantir a privacidade dos dados foi constituído pelos Atos de Proteção de Dados, aprovados pelo Estado Federal Alemão em 1970, seguido pelos Atos de Proteção de Dados suecos em 1973 e as *Fair Information Practices* do governo americano, no mesmo ano. Uma vez que a legislação existente era apenas centrada na proteção contra a interferência das autoridades públicas tendo um âmbito incerto relativamente à proteção da vida privada, esta já não era

⁶ IDC, 2018

⁷ *A European Strategy for Data*.

⁸ <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

considerada adequada⁹. Devido a esta incerteza, o Conselho da Europa iniciou os trabalhos com o objetivo de criar um quadro legal com princípios e normas específicas de forma a prevenir a recolha e processamento abusivos de dados pessoais no setor público e privado. Ao mesmo tempo, nos EUA, foi criado o “*Privacy Act*”, seguido da convenção internacional, a Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal¹⁰, em 1981¹¹. Esta convenção assegurava que as medidas teriam de ser aplicadas relativamente às leis nacionais das partes contratantes para implementar os princípios estabelecidos na convenção, princípios mínimos para proteger os dados pessoais do titular contra abusos possivelmente associados à recolha e armazenamento desses mesmos dados.

No início dos anos 90 surgiu uma iniciativa europeia com o objetivo de harmonizar a proteção de dados da Convenção de 1981 com a natural evolução do mercado europeu de forma a eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais entre todos os Estados-membros. Esta questão não poderia ser assegurada unicamente pelos Estados-membros tendo sido necessária uma ação comunitária com vista à aproximação das legislações¹². Assim, em 1995, a União Europeia adotou a Diretiva 95/46/CE¹³. Esta Diretiva inovou o direito de proteção dos dados uma vez que regulava a proteção dos indivíduos em matéria de processamento de dados pessoais assim como o seu livre trânsito na UE. Mais tarde, esta diretiva foi também complementada pela Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas¹⁴, que ainda se mantém em vigor, quanto à confidencialidade, comunicações não solicitadas, processamento de dados de localização, faturação e tráfego.

No entanto, apesar do rápido avanço da regulação nesta matéria, foi necessário procurar uma maior harmonização entre os Estados-membros de forma a assegurar o direito à proteção de dados

⁹ Christina Tikkinen-Piri, Anna Rohunen, and Jouni Markkula, "Eu General Data Protection Regulation: Changes and Implications for Personal Data Collecting Companies," *Computer Law & Security Review* 34, no. 1 (2018), <https://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.015>.

¹⁰ Retirado de http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_pessoas_tratamento_automatizado_dados_caracter_pessoal.pdf, 2020

¹¹ Retirado de <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>, 2020

¹² Considerando 8 da diretiva 95/46/CE

¹³ Retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>

¹⁴ Retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0058>

personais no ambiente digital e a concorrência com outros países como os EUA e a China, levando assim à criação do Regulamento 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados ¹⁵ revogando a Diretiva de 1995. O RGPD pretende assim ir de encontro aos desafios atuais relacionados com a proteção dos dados pessoais, reforçar os direitos de privacidade *online* e estimular a economia digital europeia, proporcionando aos titulares dos dados melhor capacidade de controlar e gerir os dados pessoais de forma a minimizar a falta de confiança nas empresas que procedem à sua recolha e tratamento.

¹⁵ Retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>, 2020

3. Evolução da Portabilidade dos dados

O direito à portabilidade dos dados, garantida pelo artigo 20º do RGPD, é uma novidade do novo Regulamento uma vez que a Diretiva de 1995 não lhe fez qualquer referência.

Na verdade, nenhum ramo do direito teve algo parecido com a portabilidade¹⁶. Na legislação europeia, a portabilidade referia-se principalmente ao setor das telecomunicações¹⁷. Quanto à portabilidade de informações apenas dizia respeito, à interoperabilidade dos serviços de televisão digital interativa e do equipamento avançado de televisão digital a nível do consumidor. Esta interoperabilidade tinha como objetivo assegurar o livre fluxo de informação, o pluralismo dos meios de comunicação e a diversidade cultural, de forma a que todos os consumidores pudessem receber todos os serviços de televisão digital interativa, tendo em conta a neutralidade tecnológica, os futuros progressos tecnológicos, a necessidade de promover a introdução da televisão digital, e o estado da concorrência nos mercados de serviços de televisão digital¹⁸.

O novo direito estabelecido pelo RGPD requer que as empresas tenham a capacidade de assegurar a apresentação e armazenamento dos dados pessoais do requerente em formato eletrónico para facilitar o seu uso posterior.

A ideia de portabilidade foi introduzida tendo em consideração as plataformas digitais e o efeito *lock-in* nas mesmas. Os efeitos de *lock-in* podem ocorrer devido aos altos custos de transação com base na ausência de portabilidade de dados. Surgem quando os custos de mudança para outra plataforma são proibitivamente altos, de tal forma que um cliente permanece numa plataforma específica, embora uma plataforma rival possa oferecer um serviço melhor. Além disso, muitas vezes os consumidores pretendem usufruir de várias plataformas ao mesmo tempo para um determinado serviço (*multihoming*), por exemplo, porque os serviços oferecidos por uma segunda plataforma são ligeiramente diferentes ou esta é usada por uma rede ligeiramente diferente.

¹⁶ Paul De Hert et al., "The Right to Data Portability in the Gdpr: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services," *Computer Law & Security Review* 34, no. 2 (2018), <https://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2017.10.003>.

¹⁷ Diretiva 2002/22/CE, art.30º

¹⁸ Diretiva 2002/21/CE, considerando 31

Os custos de mudança, segundo Klemperer¹⁹, resultam do desejo do consumidor de compatibilidade entre a sua compra atual e um investimento anterior. Estes custos são fomentados por efeitos diretos da rede e custos de transação. Sem portabilidade de dados, os contactos não podem ser transferidos para outra plataforma assim como informações que já foram partilhadas, ou seja, dados que o utilizador "investiu" direta ou indiretamente, como mensagens, fotografias, reputação e históricos de pesquisa, permanecem com a plataforma original. Neste sentido, o utilizador é mais propenso a ficar com a plataforma onde forneceu os seus dados inicialmente mesmo que plataformas rivais possam ser mais interessantes uma vez que os custos de mudança de plataforma (custos de transação) são muito elevados. Estes efeitos prejudicam a concorrência, já que os potenciais concorrentes podem não ter um incentivo para inovar e oferecer melhores serviços, sabendo de antemão que os utilizadores irão permanecer na plataforma inicial ²⁰.

Os custos de mudança originam assim o efeito *lock-in*, que é das principais barreiras à entrada no mercado de outras empresas distorcendo a concorrência ²¹. Assim que os titulares escolhem uma plataforma e investem os seus dados, estes só podem mudar para outra plataforma com o custo de abandonar os seus dados. No caso de aumentos de preços e mudanças de serviço têm consequentemente um poder de negociação reduzido.

O risco de *lock-in* ainda é a norma e não a exceção quando se trata de plataformas *online*. Do lado dos fornecedores, uma vez que os dados são cada vez mais importantes, as empresas esforçam-se por uma vantagem competitiva através da recolha e processamento de dados²² e têm interesse em manter os seus sistemas fechados, levando a problemas de acesso para outras empresas que precisam de dados do utilizador com o objetivo de fornecer produtos e serviços concorrentes ou complementares.

Assim, o direito de portabilidade não é apenas um direito de proteção de dados, mas sim um direito económico²³ que releva para a concorrência e proteção do consumidor porque garante um mercado

¹⁹ Paul Klemperer, "Markets with Consumer Switching Costs," *The Quarterly Journal of Economics* May (1987).

²⁰ Retirado de <https://policyreview.info/articles/analysis/data-portability-among-online-platforms>, (2020)

²¹ M.L. & Shapiro Katz, C., "Network Externalities, Competition, and Compatibility," *American Economic Review* Vol.75, no. 3 (1985).

²² I. ; Valcke Graef, P. & Verschakelen, J., "Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective," *Law Journal of the Higher School of Economics* ()

²³ European Commission, *Guidelines on the Right to Data Portability*, by Data Protection Working Party (Article 29) (Brussels, 2017).

mais concorrencial ao permitir que os utilizadores possam trocar mais facilmente de fornecedores. Contribui também para o desenvolvimento de serviços de valor acrescentado por terceiros que poderão aceder aos dados dos titulares a seu pedido e com o seu consentimento.

O direito de portabilidade neste Regulamento, muito difere da proposta inicial. Quanto ao objeto da portabilidade, a primeira proposta refere que os dados que podem ser portados devem ser “uma cópia dos dados objeto de tratamento” enquanto a versão final refere que podem ser portados “os dados pessoais que lhe diga respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento”. Assim, a versão final considera que apenas os dados especificamente do titular podem ser objeto de portabilidade e apenas se o titular forneceu esses mesmos dados ao responsável pelo tratamento.

No que respeita ao exercício do direito, na versão prévia, consistia em obter uma cópia dos dados e, em certas condições, transmitir para outro responsável pelo tratamento dos dados. Na versão final, é permitido aos titulares que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que seja tecnicamente possível ²⁴.

Relativamente ao formato dos dados, na proposta da Comissão, o formato teria de ser eletrónico, estruturado e comumente utilizado, permitindo o uso posterior, enquanto a versão atual refere apenas a suscetibilidade de ser lido mecanicamente.

Já o que respeita ao equilíbrio com outros interesses, houve uma abordagem mais prudente do legislador europeu quanto a possíveis riscos e conflitos com outros direitos, designadamente o direito ao esquecimento.

Segundo Hert, é possível concluir que a versão final é mais prudente que a proposta inicial da Comissão, por ter um objeto mais restrito e exigir menos passos.

²⁴ De Hert et al.

4. Estrutura do Direito de Portabilidade dos Dados

O direito de portabilidade está dividido em três direitos diferentes: o direito de o prestador receber os dados que o próprio titular forneceu, o direito de transmitir os dados a outro prestador e o direito a ter os seus dados pessoais transmitidos diretamente de um responsável para outro ²⁵.

Segundo a noção de interesse legítimo elaborado pelo Grupo de Trabalho de Proteção de Dados, a disponibilidade de mecanismos viáveis para que os titulares de dados acedam, modifiquem, excluam, transfiram (ou outros processos adicionais) os seus próprios dados capacitarão os titulares de dados e permitirão que eles beneficiem mais dos serviços digitais. Podem também promover um ambiente de mercado mais competitivo, permitindo que os consumidores mudem mais facilmente de fornecedores ²⁶.

Num caso de conflito do direito de exercício de portabilidade entre titulares de dados, é necessário ter em conta outros elementos como a utilização dos dados, as expectativas razoáveis sobre a utilização dos mesmos, a relação entre o responsável pelos dados e os seus utilizadores bem como as cláusulas aplicadas pelo responsável.

Estes direitos não podem assim afetar adversamente os direitos e liberdade de outros, garantindo uma regra de “não prevalência” entre os direitos em conflito. Assim, é necessário determinar caso a caso quando é que o direito de portabilidade afeta adversamente direitos ou liberdades de outros numa dada circunstância.

Hert considera que há três níveis diferentes de “prevalência” de outros direitos quanto ao direito de portabilidade: um nível mínimo de prevalência do direito a ser esquecido (deverá ser exercido “sem prejuízo de”); um nível intermédio de prevalência de direitos e liberdades de outros “sem afetar adversamente” (quando os dados pessoais se relacionam com mais de um titular de dados – uma imagem pode mostrar mais do que uma pessoa; um trabalho pode ser um esforço colaborativo e a comunicação pelo seu próprio significado requer pelo menos um originador e um destinatário)

²⁵ Ibid.

²⁶ Retirado de https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf

e um nível de total prevalência do interesse público no qual o direito de portabilidade não se verifica.

Quanto à estrutura do artigo referente ao direito de portabilidade, artigo 20º do RGPD, o requisito da portabilidade surge através dos dados pessoais que são tratados por meios automatizados, baseado no consentimento do seu titular. Também surge se o processamento for necessário para o desempenho de um contrato ou “qualquer informação relacionada a uma pessoa naturalmente identificada ou identificável” que sejam fornecidos pelo mesmo como as informações de contacto, comentários e conteúdo enviado.

Quanto ao objetivo, é dar mais controlo ao titular dos dados uma vez que permite a mudança dos seus dados de um serviço para outro. Embora o direito à portabilidade de dados dê aos utilizadores, em determinadas circunstâncias, a possibilidade de transferir os seus dados entre plataformas *online*, não dá aos fornecedores o direito de reivindicar o acesso a esses dados. O novo direito, portanto, afeta apenas a relação entre os utilizadores e o seu prestador, e não altera a situação entre os próprios prestadores ²⁷.

Devido aos diferentes formatos de dados e diferentes estruturas do banco de dados, é difícil para os responsáveis pelo seu tratamento incorporar os elementos fornecidos por outro responsável. Aceitando esta limitação, o legislador da UE não estabeleceu uma standardização para o modo de armazenamento de dados, ficando incompleto o direito de portabilidade.

A incapacidade de garantir a portabilidade dos dados pode levar à responsabilidade civil objetiva²⁸ e ao direito de indemnização ao abrigo do artigo 82º RGPD assim como a execução dos poderes administrativos da autoridade de supervisão, que incluem a imposição de multas de até 20.000.000 euros, ou até 4% do volume de negócios anual mundial total (artigos 58º e 83º nº1 e nº5).

²⁷ D. & Kuschewsky Geradin, M., "Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue," *SSRN Working Paper* (2013).

²⁸ Mafalda Miranda Barbosa, "Data Controllers E Data Processors: Da Responsabilidade Pelo Tratamento De Dados À Responsabilidade Civil," *Revista de Direito Comercial* (2018).

5. Direito da Portabilidade nas plataformas *online* e o Direito da Concorrência

O artigo 20º do RGPD aborda a questão da portabilidade de dados especificamente na perspectiva dos utilizadores individuais. Indiscutivelmente, devido à importância da portabilidade de dados não apenas para utilizadores, mas para todas as partes interessadas em causa, a disposição no artigo em questão não é suficiente para garantir a portabilidade de dados em todo o quadro e precisa ser complementada pelas disposições de direito de concorrência existentes na UE ²⁹. É, pois, necessário ver primeiro se o artigo 20º está preparado para as plataformas online e depois como se relaciona com o direito de concorrência da UE.

Apesar do novo RGPD ter como objetivo acompanhar as mudanças constantes na privacidade dos dados especialmente no que diz respeito às plataformas *online*, não teve em conta características particulares dos mercados multilaterais *online*, no caso do consentimento.

A proteção de dados implica a autodeterminação da informação ³⁰. Isto significa, em primeiro lugar, que o consentimento deve ser livre e informado de forma a legitimar o processamento de dados e, em segundo, que os indivíduos têm vários direitos de exercer o controlo sobre os dados, como direitos de correção ou eliminação. O consentimento é o principal fundamento legal para o processamento de dados, no entanto o seu sentido prático é questionável. Segundo o considerando 32 do RGPD, o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular dos dados consente no tratamento daqueles que lhe dizem respeito, seja através de uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral. A verdade é que o consentimento não é uma abordagem adequada para o processamento legítimo de dados em contextos *online*. É o caso de marcar a caixa de consentimento sem ler ou entender declarações de privacidade, ou através do acesso a um *site*. Assume-se uma presunção de leitura da declaração de privacidade pelos utilizadores do *site* ao continuarem com a navegação.

²⁹ Vanberg, Aysem Diker Vanberg; Ünver, Mehmet Bilal, “The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?”, *European Journal of Law and Technology* Vol 8, No 1 (2017)

³⁰ Termo utilizado pela primeira vez em dezembro de 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão, definindo a autodeterminação de informação como a autoridade que o indivíduo tem para decidir por si próprio com base na ideia de autodeterminação quando e dentro de que moldes é que a informação da sua vida privada deve ser comunicada aos outros.

Apesar de ser um avanço importante a necessidade da autodeterminação da informação através do consentimento, não foi tida em consideração a realidade das plataformas no seu plano prático. Não há uma verdadeira escolha. Se pretendemos utilizar um serviço, é necessário o consentimento. De outra forma o acesso é negado. Uma forma de resolver esta questão seria aceder a um serviço mais restrito onde fosse garantida a privacidade ou o pagamento monetário para aceder ao serviço de forma a compensar a potencial perda que a plataforma teria. No entanto, é necessário, pelo menos, tornar o consentimento mais prático através da utilização de textos curtos e ícones com uma linguagem simples, permitindo uma visualização mais generalizada por parte do utilizador do que se propõe consentir.

Quanto mais simples for o procedimento de consentimento, menor é a probabilidade dos utilizadores entenderem o que realmente concordam e, quanto mais significativo for o procedimento de consentimento (fornecendo informações suficientes sobre o que acontecerá com os dados), menos conveniente este será ³¹. Assim, não parece haver forma de "garantir que os indivíduos estejam cientes de que dão o seu consentimento ao processamento de dados pessoais"³² através de uma caixa de consentimento em qualquer compreensão significativa da "consciência" das práticas e condições de processamento de dados.

No entanto, o RGPD teve em conta algumas exceções nesta matéria como é o caso do Considerando 43, "a fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento (...) Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais(...)." Assim, importa ver que as exceções poderão ser o início de uma melhor adaptação do conceito às plataformas *online*.

Para além do RGPD ter de se adaptar às questões relativas ao processamento de dados dos utilizadores, deve também incorporar as características das plataformas: a multilateralidade, os efeitos diretos e indiretos de rede e os custos de transação.

³¹Helen Nissenbaum, "A Contextual Approach to Privacy Online," *Daedalus* 140, 4 (2011).

³²Regulamento Geral de Proteção de Dados, considerando 25

Quanto à característica da multilateralidade, esta é entendida como a necessidade de uma empresa "colocar ambos os lados a bordo" ³³. No exemplo de um centro comercial, os retalhistas têm de estar presentes para atrair clientes suficientes. Por sua vez, os clientes devem visitar o centro para incentivar os retalhistas a abrir uma loja. Neste caso, só se houver uma perspectiva de um número suficiente de clientes é que os retalhistas abrirão uma loja no centro comercial. Já os compradores estarão inclinados a visitar o centro comercial quando houver lojas suficientes. Assim, o centro comercial tem que encontrar a estrutura de preços certa para garantir que ambos os grupos estarão presentes em proporção, ao mesmo tempo que tem lucro. No caso das plataformas, o mesmo acontece por exemplo com o *Youtube*: os utilizadores querem aderir se a plataforma tiver conteúdo e os criadores de conteúdo querem partilhar o mesmo se tiverem público. Para além disso, os anunciantes só entrarão na plataforma se houver um número suficiente de utilizadores nos dois lados.

Esta característica impacta a proteção de dados na medida em que em muitas plataformas, são os dados de uma das partes que influencia a presença da outra parte na plataforma (principalmente no que diz respeito aos motores de busca, os dados são essenciais para que a plataforma seja mais apelativa).

Relativamente aos efeitos de rede e de acordo com Katz e Shapiro³⁴ e Farrell e Saloner³⁵, deve ser feita uma distinção entre os efeitos diretos e indiretos da rede. Ambos os efeitos da rede surgem quando a utilidade de que um único consumidor deriva do consumo de um bem aumenta com o número de outros consumidores que compram esse mesmo bem.

No caso do efeito de rede direto, um aumento no número de compradores eleva diretamente o valor do produto para cada um dos consumidores existentes. Um exemplo é o da rede telefónica quando esta tinha vantagens especiais entre utilizadores da mesma rede: a utilidade que um consumidor

³³ Inge Graef, "Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union," *Telecommunications Policy* 39, no. 6 (2015), <https://dx.doi.org/10.1016/j.telpol.2015.04.001>.

³⁴ Katz.

³⁵ J. & G. Saloner Farrell, G., "Standardization, Compatibility, and Innovation," *Rand Journal of Economics* Vol.16, no. 1 (1985).

tem com a rede deriva da compra de um acesso de telemóvel em função do número de outros que já aderiram a essa mesma rede.

Um efeito de rede indireto existe quando o aumento no número de consumidores de um bem leva a uma maior procura por produtos compatíveis que tornam o bem mais valioso de forma indireta. Um exemplo disso é o paradigma hardware-software. Com o aumento do número de compradores de um bem de hardware, o seu valor sobe para os produtores de software uma vez que aumenta o seu mercado potencial; a quantidade e a variedade de software compatível aumentarão com a quantidade de unidades de hardware que forem vendidas.

Numa abordagem mais geral ao caso dos mercados multilaterais, o efeito indireto de rede não se relaciona unicamente com a complementaridade dos produtos, mas com a conexão entre os diferentes lados de uma plataforma, uma vez que os efeitos da rede devem cruzar os grupos de clientes ³⁶. Se os utilizadores de um lado da plataforma comprarem um bem que afete a escolha do outro lado, este efeito pode apontar para a multilateralidade de um mercado. Assim, quanto mais utilizadores se juntam a um lado da plataforma, mais valiosa a plataforma se torna para os clientes do outro lado. À medida que novos utilizadores se juntam ao *Facebook*, por exemplo, mais anunciantes estarão inclinados a comprar espaço publicitário no *Facebook*, uma vez que alcançarão um número maior de potenciais compradores.

Quanto aos custos de transação, se o prestador não permitir que o utilizador mude as suas informações pessoais, por exemplo, um perfil de rede social, para um serviço concorrente, o utilizador pode ter custos elevados para mudar de plataforma e, no limite, pode não mudar de plataforma. Com o uso crescente, por parte de um dado consumidor, de um determinado serviço *online*, a quantidade de dados pessoais recolhidos neste serviço torna-se um obstáculo para a mudança para outro prestador, mesmo que melhores ou mais alternativas estejam disponíveis ³⁷. Nesse contexto, o artigo 20º do RGPD permite que um titular de dados ³⁸ tenha o direito de receber

³⁶ G.G. & Van Alstyne Parker, M.W., "Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design," *Management Science* Vol.51, no. 10 (2005).

³⁷ Commission Staff Working Paper, "Impact Assessment Report Sec/2012/0072 Final," <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012SC0072> (2012); *ibid*.

³⁸ RGPD, artigo 4º nº1

os seus dados pessoais que ele ou ela forneceu a um controlador³⁹ num formato mecanicamente legível de forma a transmitir esses dados para outro controlador.

Quando tecnicamente viável, o titular de dados também tem o direito de ter os dados transmitidos diretamente de um controlador para outro⁴⁰. De acordo com o relatório de Avaliação de Impacto elaborado pela Comissão, o direito à portabilidade de dados é principalmente direcionado para redes sociais, tendo assim em conta as características das plataformas, uma vez que refere que os dados pessoais podem ser transferidos no âmbito do direito à portabilidade de dados são descritos como “fotos ou uma lista de amigos” e “informações de contacto, histórico de calendário, trocas de comunicações interpessoais e outros tipos de dados pessoais ou socialmente relevantes”⁴¹.

Assim, permite que os utilizadores das redes sociais transfiram o seu perfil, contactos, fotos e vídeos para outra rede social. Um utilizador do *Facebook* tem, por exemplo, o direito de receber os seus dados pessoais que forneceu ao *Facebook* num formato reutilizável e transmitir esses dados para o *Google+*. Se tecnicamente viável, também terá o direito que esses dados sejam transmitidos diretamente para o *Google+*, em vez de receber os dados do *Facebook* e transmiti-los ele mesmo para o *Google+*.

Embora o principal objetivo do direito da portabilidade seja garantir que os titulares de dados estejam no controlo dos seus dados pessoais e confiem no ambiente *online*⁴², o direito à portabilidade é um grande instrumento contra as barreiras presentes nos mercados multilaterais (como é o caso do efeito *lock-in*, como foi analisado). Neste sentido, o antigo Comissário da Concorrência, Joaquín Almunia Amann⁴³, afirmou que o direito proposto à portabilidade de dados pessoais iria para o centro da política de concorrência e que a portabilidade de dados é importante para aqueles mercados onde a concorrência efetiva exige que os clientes podem alternar levando

³⁹ RGPD, artigo 4º, nº7

⁴⁰ RGPD, artigo 20º nº2

⁴¹ Impact Assessment report SEC/2012/0072 final. No entanto, é de referir que o âmbito de aplicação do direito à portabilidade de dados não se limita às redes sociais. Este direito aplica-se a qualquer tipo de processamento de dados pessoais realizado por meio automatizado e com base no consentimento ou contrato. Portanto, abordará outras formas de computação em *cloud* e serviços web.

⁴² Impact Assessment report SEC/2012/0072 final.

⁴³ Discurso de Almunia, *Competition and personal data protection*, Privacy Platform event: Competition and Privacy em Markets of Data Brussels, 26 de novembro 2012, SPEECH/12/860.

os seus próprios dados com eles. No entanto, dizer que esta é uma questão de regulação ou política de concorrência, só o tempo dirá.

Assim, reconheceu o direito à portabilidade como uma nova ferramenta da lei de proteção de dados, não eliminando a intervenção da lei de concorrência para facilitar a portabilidade de dados. O que torna esta questão, uma questão de concorrência, são os efeitos de rede e os custos de transação que resultam no *lock-in*, ou seja, “se os clientes forem impedidos de mudar de uma empresa para outra porque não podem levar os seus dados ao longo do percurso”⁴⁴.

A recusa de uma empresa dominante em facilitar a portabilidade de dados pode constituir uma forma de abuso ao explorar consumidores ou excluir concorrentes. Desta forma, a falta de portabilidade de dados pode levar a barreiras de entrada para os concorrentes e violar o artigo 102º b) TFUE, limitando os mercados e o desenvolvimento técnico ao preconceito dos consumidores. Apesar do nível de concorrência no mercado aumentar se a portabilidade e a interoperabilidade de dados forem aplicadas, é assim necessário confiar na lei da concorrência para ter acesso aos dados dos utilizadores de forma a permitir o desenvolvimento dos seus próprios produtos ou serviços.

O artigo 102º TFUE, aplica-se assim a situações em que uma determinada empresa utiliza o seu poder no mercado de uma forma anti concorrencial (abuso da posição dominante). Este artigo proíbe o comportamento abusivo das empresas dominantes, ou seja, a posição de força económica de uma determinada empresa que permite restringir uma competição efetiva no mercado relevante dando assim poder para se comportar de forma independente com os seus concorrentes e consumidores ⁴⁵.

Quanto maior a quota de mercado, mais provável será encontrar uma posição dominante. Este conceito foi definido pelo Tribunal de Justiça como uma posição de poder económico, detida por uma empresa, que permite afastar uma concorrência efetiva num determinado mercado,

⁴⁴ Ibid.

possibilitando um comportamento independente e despreocupado em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores finais ⁴⁶.

Quanto à posição de poder de mercado, esta ocorre quando uma empresa, através dos seus comportamentos, pode afetar e influenciar a estrutura de mercado envolvente, colocando em causa os concorrentes, compradores ou fornecedores, desvirtuando o funcionamento do mercado.

Na legislação nacional, a Lei da Concorrência, no artigo 68º, nº 1 al. a), dispõe que o abuso de posição dominante constitui uma contraordenação punível com coima. Para isso, é necessário um comportamento, quer por ação ou omissão, doloso e capaz de integrar um comportamento proibido.

Enquanto o artigo 102º atua *ex post*, ou seja, depois de ter havido um comportamento abusivo, a regulação permite que haja uma intervenção *ex ante*, ou seja, antes que haja alguma conduta negativa que se possa materializar. Outra diferença entre estes dois artigos é que a regulação não é limitada a situações em que a posição dominante e o seu abuso esteja estabelecida. O escopo de aplicação da regulação pode ser alargado ou restrito dependendo da decisão do legislador e, por esse motivo, há um campo mais amplo para a sua aplicação.

A portabilidade de dados apresenta-se assim como solução para resolver o *lock-in* dos utilizadores nas plataformas *online*, apesar de estar dependente da possibilidade técnica da portabilidade dos dados pessoais. A falta de portabilidade pode levar a barreiras de entrada para os concorrentes e assim violar o artigo 102º uma vez que limita os mercados e o desenvolvimento técnico a prejuízo dos consumidores.

No caso das plataformas, se estivermos perante uma posição dominante num determinado mercado, a recusa de assegurar a portabilidade de dados que origina a exclusão de concorrentes sem qualquer motivo, seria qualificado como conduta abusiva. Neste caso, a Comissão Europeia pode impor o dever de a plataforma dominante possibilitar a transferência de dados a um concorrente.

⁴⁶ Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 United Brands/Comissão, Col. 1978.

No entanto, o direito à portabilidade de dados aplica-se apenas à transferência de dados pessoais. A informação que não é qualificada como dados pessoais fica fora deste novo direito. Porém, a aplicação do direito da concorrência europeu é mais ampla e aplica-se a todos os casos.

O direito à portabilidade de dados pessoais aplica-se de forma geral e não é necessário um abuso de posição dominante para os utilizadores poderem transferir os seus dados entre plataformas. A aplicação concorrente dos dois regimes (direito à portabilidade e abuso de posição dominante) é admissível tendo em conta a diferença de objetivos.

Segundo o direito à portabilidade de dados, o utilizador só poderia requerer a transferência de dados pessoais que levam à sua identificação. O escopo da aplicação do direito da concorrência, neste aspeto, é mais amplo no sentido em que pode haver consequências contra a falta de portabilidade de todos os dados independentemente de dizerem respeito aos dados pessoais. No entanto a execução é limitada aos casos onde a recusa da transferência é realizada por um fornecedor em abuso de posição dominante.

Por outro lado, o direito da portabilidade de dados, aplica-se a todo o setor independentemente se é dominante num determinado mercado ou se o seu comportamento é abusivo. Considerando as diferenças no escopo e os seus diferentes objetivos, a aplicação concorrente destes dois regimes no setor das redes sociais parece apropriado para ser solução dos problemas de portabilidade de dados.

Apesar da obrigatoriedade da portabilidade de dados facilitar a troca de plataformas para os utilizadores, estes continuariam relutantes em abandonar o seu fornecedor atual quando os seus contactos, por exemplo, não fazem parte da transferência de dados. Este tipo de *lock-in* assim como os efeitos de rede associados podem levar a questões de interoperabilidade. No entanto, uma vez que o artigo 102º permite apenas a imposição de obrigações numa empresa de posição dominante que abusa desta mesma posição, a concorrência não pode assegurar um nível eficaz de interconexão entre as redes sociais. Assim, a regulação é necessária para permitir a interconexão entre todas as redes e não só as dominantes.

Neste contexto, a questão levanta-se se a negação de um prestador de plataforma dominante para conceder aos concorrentes acesso aos dados do utilizador poderia constituir uma recusa em

negociar e levar à responsabilidade, a chamada doutrina de infraestruturas essenciais ⁴⁷. Esta doutrina procura resolver uma forma particular de conduta anticoncorrencial excludente pela qual uma empresa em posição dominante se recusa a dar acesso a um tipo de infraestrutura ou outra forma de estabelecimento à qual os rivais precisam de acesso para poder competir. Este tema será analisado no capítulo seguinte.

⁴⁷ Geradin.

6. Infraestruturas essenciais

As plataformas são mercados multilaterais e, por reduzir as fricções/custos de transação, têm uma função de intermediação. Como foi analisado no capítulo anterior, o problema das plataformas difere do mercado tradicional porque tem participantes de um lado que pretendem utilizar a plataforma para interagir com o outro lado. Ao mesmo tempo, procura criar nesses participantes a necessidade de estar na plataforma ao angariar participantes do outro lado.

À medida que cada lado da plataforma e que os próprios efeitos de rede crescem, torna-se mais difícil para as plataformas concorrentes ganhar terreno no mercado. Devido à diferenciação do produto e à heterogeneidade das preferências dos consumidores, é possível haver algumas plataformas a coexistir no mercado uma vez que os consumidores podem utilizar várias plataformas de forma simultânea (como é o caso do *multihoming*: os consumidores pretendem usufruir de várias plataformas ao mesmo tempo para um determinado serviço, por exemplo, porque os serviços oferecidos por uma segunda plataforma são ligeiramente diferentes ou a segunda plataforma é usada por uma rede ligeiramente diferente).

No entanto, as economias de escala e os efeitos de rede tendem a limitar o número de plataformas no mercado. Os efeitos de rede e os custos de transação podem levar a uma redução das plataformas bem-sucedidas e impedir novas plataformas à entrada no mercado.

Assim, a principal questão gira em torno de se e em que medida os dados podem constituir uma infraestrutura essencial. Devido à natureza particular dos dados recolhidos pelos fornecedores de plataformas *online* e dos novos modelos de negócios que são empregues, possíveis recusas em partilhar dados dão origem a novas preocupações com a concorrência, como analisado no capítulo anterior.

A doutrina das infraestruturas essenciais impõe que um agente económico, detentor de um recurso produtivo indispensável para o exercício da atividade de outra empresa, lhe garanta o acesso de forma não discriminatória⁴⁸, possibilitando uma concorrência efetiva no mercado onde exerce a

⁴⁸Barry Doherty, "Just What Are Essential Facilities," *Common Market Law Review* 38 (2001).

sua atividade e em mercados conexos cujo ambiente concorrencial é condicionado por tal vantagem competitiva ⁴⁹.

Esta doutrina surgiu nos EUA na sequência de uma decisão jurisprudencial relativa à cedência de uma infraestrutura em nome da concorrência no processo Terminal Railroad Association de 1912. O Terminal Railroad Association era detentor de uma grande infraestrutura, abusando da sua posição de domínio, não permitindo o acesso a companhias concorrentes que pretendiam oferecer serviços ferroviários com destino e com escala na cidade de St. Louis. A construção de rotas alternativas era inviável devido aos condicionalismos geográficos e topográficos da região e, por esse motivo, a infraestrutura era essencial para permitir concorrentes e assim alargar a oferta a consumidores ⁵⁰. Como consequência o Supremo Tribunal Norte-Americano condenou o Terminal Railroad Association, por responsabilidade civil objetiva obrigando-o a partilhar o acesso à infraestrutura com os seus concorrentes, mediante o pagamento de uma taxa que não causasse prejuízo a nenhuma das partes, limitando assim o poder do monopolista.

Apesar desta ter sido a primeira decisão de acordo com a doutrina das infraestruturas essenciais, só no caso MCI Communications vs AT&T é que foi abordada esta temática como tal ⁵¹. Nesta decisão, a AT&T, que figurava no mercado como monopolista, não permitia que o seu concorrente tivesse acesso à sua rede telefónica, excluindo assim a concorrência no mercado das chamadas a longa distância. Neste caso, a decisão de condenação passou pela obrigação de permitir a interligação uma vez que seria impossível a duplicação da rede e de a partilha não causar grandes inconvenientes à detentora da infraestrutura.

Relativamente a este caso, o tribunal americano de 2ª instância do 7º círculo entendeu que para a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais seria necessário o cumprimento cumulativo de quatro elementos: (i) a necessidade de o controlo da infraestrutura essencial ser por parte de um monopolista; (ii) a impossibilidade razoável de concorrentes poderem duplicar essa infraestrutura;

⁴⁹ Paula Vaz Freire, "A Obrigação De Facultar O Acesso a Recursos Produtivos Essenciais No Direito Da Concorrência," *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 49, 1-2 (2008).

⁵⁰ Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 23/10/1912, Terminal Railroad v. United States, U.S. 383.

⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 31/12/1973, MCI Communications/American Telephone & T.CO., U.S.

(iii) a recusa do acesso por parte do monopolista a um concorrente do detentor e; (iv) a possibilidade do monopolista poder conceder esse acesso ⁵².

Quanto à jurisprudência europeia, apenas em 1993, no caso Tiercé Ladbroke é que se fez uma referência à doutrina das infraestruturas essenciais, apesar deste instituto estar implícito em casos anteriores. Neste caso, estava em causa o acesso à transmissão audiovisual de corridas de cavalos francesas e a recusa da partilha da transmissão foi considerada lícita devido ao número serviços distintos capazes de corresponder à finalidade pretendida ⁵³.

As orientações da Comissão, instrumentos não juridicamente vinculativos de relevância para a clarificação de princípios e regras internacionais, permitem a distinção de três elementos que, quando cumulativos, permitem a aplicação do instituto: (i) a recusa deve incidir sobre um produto ou serviço objetivamente necessário para uma efetiva concorrência no mercado; (ii) a recusa deve ter como efeito a eliminação da concorrência no mercado; (iii) a recusa deve causar um prejuízo para o consumidor ⁵⁴. Podemos extrair que a essencialidade das infraestruturas deve ser observada e aferida de forma casuística.

A essencialidade de uma infraestrutura advém assim da impossibilidade da sua duplicação ou reprodução, não só devido aos custos económicos como também aos custos de oportunidade resultantes da morosidade do processo de duplicação ⁵⁵.

No caso das plataformas *online*, os dados que são adquiridos pelas empresas, como motores de busca ou redes sociais, são essenciais tanto para melhorar a própria plataforma (uma vez que permite a personalização e a melhoria de informações a apresentar) como para a tornar apelativa para os vários lados (consumidores, fornecedores e publicitários). Uma plataforma como a *Google* com 21 anos à data, terá uma quantidade de dados superior a qualquer uma que se apresente no mercado, ficando sempre em desvantagem. Apesar desta nova plataforma poder ser mais apelativa

⁵² Freire.

⁵³ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Proc. T-504/93, Tiercé Ladbroke SA/Comissão das Comunidades Europeias.

⁵⁴ Spencer Weber Waller and William Tasch, "Harmonizing Essential Facilities," *Antitrust Law Journal* 76, 3 (2010).

⁵⁵ António Goucha Soares and Maria Manuel Leitão Marques, *Concorrência : Estudos* (Coimbra: Almedina, 2006).

a nível de sistema, não terá a recolha de dados suficiente para personalizar os seus serviços com anos e anos de dados pessoais.

A portabilidade dos dados para qualquer plataforma permitiria assim que os consumidores tivessem uma escolha efetiva da plataforma a utilizar sem ter custos de mudança de uma para outra. No entanto, no caso da entrada de novas plataformas no mercado, não resolveria o problema de melhorar a plataforma ao ponto de se tornar apelativa com os seus serviços de personalização e sistemas de informação alimentados por dados. Assim, a doutrina das infraestruturas essenciais, permitiria que uma nova empresa entrasse no mercado da *Google*, por exemplo, com as mesmas vantagens, distinguindo-se depois cada plataforma apenas pelos novos serviços a oferecer.

No entanto, o dever de partilhar os dados para possibilitar a concorrência poderá também reduzir os incentivos à inovação uma vez que qualquer empresa terá acesso aos dados, mesmo as ineficientes. Para além disso, um utilizador que aceitou partilhar os seus dados com a Google, poderá não querer partilhar os seus dados com uma nova plataforma cujos fins ainda são incógnitos.

A legislação deve assim aproximar-se da realidade do uso de dados para o comércio eletrónico (nova economia) por exemplo através da doutrina das infraestruturas essenciais, mas deve ter em conta os possíveis problemas (como a falta de incentivos à inovação). O decréscimo na inovação tornará o mercado menos diversificado, o que acarretará prejuízos para o consumidor final, nomeadamente por limitar a sua escolha, desvantagem esta que é a razão principal pela utilização das infraestruturas essenciais.

7. Conclusão: o futuro da portabilidade

Do exposto, resulta dizer que o direito à portabilidade dos dados previsto no artigo 20º do RGPD foi disruptivo com os exemplos de portabilidade no decorrer dos regulamentos relativos a esta matéria, tendo sido introduzido, como analisado nos capítulos anteriores, tendo em consideração as plataformas digitais e o efeito *lock-in* nas mesmas.

A falta de portabilidade, como analisado no capítulo 5, pode levar assim a barreiras de entrada para os concorrentes e assim tornar-se num problema de concorrência por limitar os mercados e o desenvolvimento técnico a prejuízo dos consumidores.

Mais do que um problema suscetível de ser sancionado pelo TFUE, o capítulo 6 teve como objetivo concluir que é possível resolver uma conduta anticoncorrencial excludente, quando uma empresa em posição dominante se recusa a dar acesso a um tipo de infraestrutura ou outra forma de estabelecimento à qual os concorrentes precisam de acesso para poder competir. Assim, permitiria uma concorrência efetiva no mercado e em mercados conexos cujo ambiente concorrencial é condicionado por tal vantagem competitiva, através da imposição de acesso de forma não discriminatória de um recurso produtivo indispensável como são os dados para as plataformas *online*.

Como conclusão, é necessário também desafiar o futuro da portabilidade (relativamente ao direito do titular de dados receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento) com o conceito de interoperabilidade, ou seja, a possibilidade de transferir dados uteis e outra informação entre sistemas, aplicações ou componentes⁵⁶. As especificações aplicáveis à portabilidade (a transmissão num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática) “devem garantir a interoperabilidade do formato que o responsável pelo tratamento utiliza para fornecer os dados, sendo a interoperabilidade o resultado desejado”.⁵⁷ É importante que estes dois conceitos se interliguem, uma vez que a portabilidade sem interoperabilidade torna difícil o processo de transmissão de dados entre plataformas e a interoperabilidade sem portabilidade pode

⁵⁶ Palfrey, J., & Gasser, U.; Interop: The promise and perils of highly interconnected systems. *New York: Basic Books*. (2012)

⁵⁷ Retirado de https://www.cnpd.pt/home/rgpd/docs/wp242rev01_annex_pt.pdf

também levar a barreiras de mercado (embora possível a interoperabilidade, os custos para a portabilidade, se forem elevados, vão originar também problemas de *lock-in*).

Mais do que ser possível transferir dados pessoais de uma plataforma para outra, a imposição de requisitos de interoperabilidade aos prestadores de serviços às redes sociais de acordo com a lei da concorrência corrigiria os efeitos da rede presentes no mercado. Se as redes sociais fossem interoperáveis e portáveis, os efeitos diretos da rede não seriam limitados a uma rede social específica, no sentido em que os utilizadores iriam beneficiar da base de utilizadores combinada. Permitir a interoperabilidade em conjunto com a portabilidade das redes sociais poderia, portanto, ser uma forma de remediar os efeitos diretos da rede e estimular a concorrência no mercado.

Em particular, o *lock-in* social dos utilizadores seria abordado, uma vez que o número de pessoas que um utilizador pode alcançar não se limita mais ao número de utilizadores na rede social que o utilizador decidiu participar. A interoperabilidade da rede social permitiria que os utilizadores mudassem de serviço sem perder a sua conexão de rede social com os utilizadores da plataforma que aderiram primeiro. Na presença da interconexão entre redes sociais, os utilizadores que mudaram para outra plataforma ainda podem entrar em contato com os seus amigos que decidiram ficar com o antigo serviço.

Neste sentido, a Comissão da UE realizou um *paper* sobre Estratégia de Dados⁵⁸, referindo a possibilidade de construir em escala no mercado único, assegurando que os dados podem fluir dentro da UE e entre setores; as regras e valores europeus, em particular a proteção de dados pessoais, a legislação de defesa do consumidor e o direito da concorrência, são plenamente respeitados; as regras de acesso e uso de dados são justas, práticas e claras, e existem mecanismos claros e confiáveis de governo de dados em vigor; existe uma abordagem aberta, mas assertiva, para os fluxos de dados internacionais, com base nos valores europeus.

Assim, permitiria a criação de um espaço de dados (*data sharing*) que fomentaria um ecossistema (de empresas, sociedade civil e indivíduos) criando novos produtos e serviços com base em dados mais acessíveis, permitindo um melhor funcionamento do mercado, com menos barreiras tanto para os consumidores como para as empresas.

⁵⁸ A *European Strategy for Data*.

8. Bibliografia

- European Commission. *A European Strategy for Data*, 2020.
- European Commission. *Guidelines on the Right to Data Portability*, by 29), Data Protection Working Party (Article, 2017).
- Barbosa, Mafalda Miranda. "Data Controllers E Data Processors: Da Responsabilidade Pelo Tratamento De Dados À Responsabilidade Civil." *Revista de Direito Comercial* (2018).
- De Hert, Paul, Vagelis Papakonstantinou, Gianclaudio Malgieri, Laurent Beslay, and Ignacio Sanchez. "The Right to Data Portability in the Gdpr: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services." *Computer Law & Security Review* 34, no. 2 (2018): 193-203. <https://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2017.10.003>.
- Doherty, Barry. "Just What Are Essential Facilities." *Common Market Law Review* 38 (2001).
- Farrell, J. & G. Saloner, G. "Standardization, Compatibility, and Innovation." *Rand Journal of Economics* Vol.16, no. 1 (1985).
- Freire, Paula Vaz. "A Obrigação De Facultar O Acesso a Recursos Produtivos Essenciais No Direito Da Concorrência." *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 49, 1-2 (2008).
- Geradin, D. & Kuschewsky, M. "Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue." *SSRN Working Paper* (2013).
- Goucha Soares, António and Maria Manuel Leitão Marques. *Concorrência : Estudos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- Graef, I. ; Valcke, P. & Verschakelen, J. "Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective." *Law Journal of the Higher School of Economics* (
- Graef, Inge. "Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union." *Telecommunications Policy* 39, no. 6 (2015): 502-14. <https://dx.doi.org/10.1016/j.telpol.2015.04.001>.
- Katz, M.L. & Shapiro, C. "Network Externalities, Competition, and Compatibility." *American Economic Review* Vol.75, no. 3 (1985).

- Klemperer, Paul. "Markets with Consumer Switching Costs." *The Quarterly Journal of Economics* May (1987).
- Nissenbaum, Helen "A Contextual Approach to Privacy Online." *Daedalus* 140, 4 (2011).
- Paper, Commission Staff Working. "Impact Assessment Report Sec/2012/0072 Final." <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012SC0072> (2012).
- Parker, G.G. & Van Alstyne, M.W. "Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design." *Management Science* Vol.51, no. 10 (2005).
- Tikkinen-Piri, Christina, Anna Rohunen, and Jouni Markkula. "Eu General Data Protection Regulation: Changes and Implications for Personal Data Collecting Companies." *Computer Law & Security Review* 34, no. 1 (2018): 134-53.
<https://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.015>.
- Weber Waller, Spencer and William Tasch. "Harmonizing Essential Facilities." *Antitrust Law Journal* 76, 3 (2010).
- Bert-Jaap Koops, "The Trouble with European Data Protection Law", *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* no. 04 (2015).
- Spiekermann-Hoff, Sarah and Korunovska, Jana, "Towards a value theory for personal data", *Journal of Information Technology*, Vol. 32 (2017).
- OECD Exploring the Economics Of personal data: A survey of methodologies for measuring monetary value", *OECD Digital Economy Papers*, OECD, Paris (2013).
- Vanberg, Aysem Diker Vanberg and Ünver, Mehmet Bilal, "The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?", *European Journal of Law and Technology* Vol 8, No 1 (2017).
- Palfrey, J., & Gasser, U.; Interop: The promise and perils of highly interconnected systems. *New York: Basic Books*. (2012)