

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



**A teoria das infraestruturas essenciais:
o conflito entre o direito da concorrência e o direito da
propriedade intelectual.**

O caso Google

Por:

Ana Carolina Martins Dos Santos

MESTRADO EM DIREITO DAS EMPRESAS E DOS NEGÓCIOS

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MAIO 2019

**A teoria das infraestruturas essenciais:
o conflito entre o direito da concorrência e o direito da
propriedade intelectual.**

O caso Google

Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade Católica Portuguesa para
obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios

Por:

Ana Carolina Martins Dos Santos

Sob a orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

MESTRADO EM DIREITO DAS EMPRESAS E DOS NEGÓCIOS

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MAIO 2019

Aos meus pais e ao meu irmão

Ao meu avô

À Lena

“Every successful competitive practice has victims, the more successful a new method of making and distributing a product, the more victims, the deeper the victim’s injury.”

Judge Frank Easterbrook

Agradecimentos

Durante esta longa viagem, fui encontrado inúmeros desafios, tristezas, incertezas, mas, apesar do processo solitário que caracteriza qualquer trabalho de investigação, a minha grande força assentou no contributo de pessoas indispensáveis para encontrar o melhor rumo em cada momento da minha caminhada.

À minha orientadora, Professora Sofia Oliveira Pais, agradeço a confiança que em mim depositou, a orientação esclarecedora, o apoio, e toda a disponibilidade.

Ao João Guerra, pelos incentivos diários, pela paciência, compreensão, carinho, apoio, partilha e companheirismo.

Aos meus amigos pelo apoio prestado ao longo deste percurso.

Por fim, e tendo consciência que sem eles não teria sido possível trilhar esse caminho e concretizar esta dissertação, e, apesar da distância que nos separa, dirijo um especial agradecimento aos meus pais que amo incondicionalmente, por serem modelos de coragem e superação, a quem devo tudo o que sou hoje, pela motivação e incentivo incondicional e constante, pelo amor e carinho, pela paciência e total ajuda na superação dos obstáculos que foram surgindo ao longo desta caminhada.

A eles dedico este projeto de vida.

RESUMO:

A evolução jurisprudencial de um modelo que apresenta as soluções ao conflito de interesses existente entre os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência encontrado na Teoria das Infraestruturas essenciais, tem sido desafiado pela Economia Digital, no âmbito da qual a inovação desempenha um papel fundamental.

As decisões Google, assim como o interesse das jurisdições Europeias pela economia digital, levam-nos a questionar sobre as possíveis lacunas do direito da concorrência face aos desafios levantados pelas especificidades estruturais e a dinâmica do mercado digital. Com a finalidade de harmonizar a concorrência e a inovação, torna-se necessário face a práticas alegadamente abusivas nos termos do artigo 102 do TFUE, interrogarmo-nos sobre a possível aplicação da teoria das infraestruturas essenciais a ativos digitais, e quais os possíveis remédios em prol da neutralidade e transparência do mercado das pesquisas online e do bem-estar dos consumidores.

Palavras chave: Direito da concorrência, Direito da Propriedade Intelectual, Teoria das infraestruturas essenciais, Google, Economia Digital, Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, Abuso de posição dominante, Algoritmo, Mercado Único Digital.

ABSTRACT:

The jurisprudential evolution of a model that presents the solutions to the conflict of interests existing between the intellectual property rights and the competition law found in the Essential Facility doctrine has been challenged by the Digital Economy, where innovation plays a fundamental role.

Google's decisions, as well as the interest of the European jurisdictions in the digital economy, have led us to question the potential gaps in competition law in the light of the challenges posed by structural specificities and the dynamics of the digital market. In order to harmonize competition and innovation, it is necessary in face of allegedly abusive practices under Article 102 TFEU, to ask ourselves about the possible application of the Essential Facility doctrine to digital assets, and what possible remedies neutrality and market transparency of general internet search markets and consumer welfare.

Key words: Competition law, Intellectual property law, Essential Facility doctrine, Google, Digital Economy, Treaty of the functioning of the European Union, Abuse of dominant position, Algorithm, Digital Single Market.

Introdução:	9
1) A teoria das infraestruturas essenciais: da génese a novas realidades	11
1.1) A noção de infraestrutura essencial na União Europeia: a essencialidade definida a partir das características da infraestrutura	12
1.2) A construção europeia da sua aplicação: o desenvolvimento da imposição do dever de contratar no direito Comunitário.....	14
1.2.1) A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual.....	15
1.2.2) De Magill a Microsoft: a emergência de um teste independente para ativos imateriais.....	17
1.3) Os novos desafios da Economia Digital	20
1.3.1)A concorrência pelo mercado e o monopólio natural	21
2) A problemática da aplicação do art 102 do TFUE ao mercado digital.	23
2.1) A definição do mercado relevante	24
2.2.1) A definição tradicional do mercado relevante e a problemática no âmbito das plataformas digitais	24
2.2) Quais os mercados relevantes para o Google?	27
2.2.1) Mercado do produto	27
2.2.2) Mercado geográfico.....	29
2.3) Análise do poder de mercado do Google: A concorrência está realmente à distância de um “clique?”	30
2.3.1)As quotas de mercado	30
2.3.2)Barreiras à entrada.....	31
3) A aplicação da teoria das infraestruturas “digitais” ao Google?	34
3.1) Indispensabilidade	36
3.2) A questão da recusa de acesso	37
4) Proteção de acesso, neutralidade e liberdade da informação: o novo conflito entre o direito de propriedade e o direito da concorrência.	38
Conclusão:	43
Bibliografia:.....	45

Abreviaturas:

P.	Páginas (s)
Para.	Parágrafo (s)
Vol.	Volume
Nº	Número (s)
Cf.	Conferir
Cit.	Citado
V.	Ver
Supra.	Acima
Proc.	Processo
SS	Seguintes
Art.	Artigo
AC.	Acórdão
DPI	Direitos de Propriedade Intelectual
UE	União Europeia
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
PE	Parlamento europeu
TJ	Tribunal de Justiça
TG	Tribunal Geral
CE	Comissão Europeia

Introdução:

Desde a sua génese, o direito da concorrência tem sido desafiado pela existência dos direitos de propriedade intelectual por terem como âmbito a proteção de um direito exclusivo que constitui um fator de restrição da concorrência.

À primeira vista como “água e o fogo”, os dois ramos são incompatíveis por visarem precisamente a finalidade oposta: o direito da concorrência tem por objeto a proteção do livre funcionamento dos mercados, visando impedir ou pelo menos limitar a existência de situações de monopólios, e estabelecer garantias de livre acesso ao mercado,¹ enquanto que o direito de propriedade intelectual tem por objetivo a criação de um “monopólio” em benefício do seu titular cujo poder de mercado levaria a restringir o acesso ao mercado comprometendo assim a existência de uma concorrência eficaz e dinâmica.

Com efeito, a existência de tensão entre os dois ramos resulta de práticas abusivas por parte dos titulares de direitos exclusivos suscetíveis de produzirem efeitos perversos sobre a concorrência, e subsumíveis no âmbito do artigo 102 TFUE, nomeadamente na proibição de abuso de posição dominante por abuso de exclusão, no nosso estudo, a recusa de fornecimento.

Seria então necessário encontrar um justo equilíbrio entre os princípios essenciais do mercado comum e a exclusividade dos direitos de propriedade intelectual.

Uma das teorias que se encontra na interseção do princípio da livre concorrência e do direito de propriedade e da liberdade contratual em matéria de ativos imateriais, que nos propomos analisar, é a **teoria das infraestruturas essenciais** que estabelece a obrigação de garantir o acesso a concorrentes a infraestruturas essenciais controladas por uma empresa em posição dominante.

Nascida no direito *Antitrust*, na decisão *United States v. Terminal Railroad* em 1902², a teoria atravessou o Atlântico e ocupou uma posição de destaque na Europa.³

¹ Pais, Sofia – Entre inovação e concorrência: em defesa de um modelo Europeu. Universidade Católica Editora, 2011, p.17.

² AC. do Supremo tribunal Americano de 23/10/1992, *United states v. Terminal Road Assn of St. Louis*, 224 U.S.383 (1912).

Os requisitos da sua aplicação foram desenvolvidos ao longo dos processos, ainda que de forma controvertida, com destaque nos casos *Bronner*, *Magill*, *IMS Health* e *Microsoft* relativos a recusa em fornecer bens físicos, e ativos imateriais, sendo estes geralmente inovações protegidas por direitos de propriedade intelectual.

No entanto foi objeto de vários debates doutrinários⁴ ao longo dos anos com ênfase na sua legitimidade, pela imposição de uma restrição ao exercício do direito de propriedade⁵ e da autonomia privada da empresa em posição dominante, e no seu carácter excecional, por ser ativada em condições estritamente necessárias com o objetivo de assegurar a manutenção do mercado e conseqüentemente a proteção dos interesses dos consumidores.

O carácter antagónico entre o direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual tem sido cada vez mais contestado nomeadamente pela doutrina⁶ e pela jurisprudência, ao ponto de atualmente o conflito ser considerado ultrapassado e de ambos serem vistos como instrumentos complementares de promoção da concorrência, da inovação e de crescimento económico.

No entanto, o advento da nova economia⁷ baseada na tecnologia, informação e no conhecimento, vieram colocar novos desafios às políticas da concorrência; e, considerando que os direitos de propriedade intelectual não são o mecanismo de proteção mais apropriado nos mercados da nova economia nomeadamente quanto à questão dos algoritmos de pesquisa protegidos por Segredo Comercial, surge ainda a questão da conexão entre a concorrência e a inovação.

³ Ao ponto de afirmar que a prática comunitária deu à noção de ativos essenciais um maior desenvolvimento que a jurisprudência Americana. V. Richer, Laurent – Le droit à la paresse? Essential facilities, version française”, Recueil Dalloz 1999, p. 523.

⁴ A crítica mais severa vem de Arreda, P – Essential facilities: an epithet in need of liming principles, Antitrust Law Journal, 1989, vol 58, nº3 p. 841-853.

⁵ A aplicação da teoria das infraestruturas essenciais é incompatível com a proteção da propriedade intelectual e do conceito deveria ser excluída a propriedade intelectual. V. Lipsky B, Sidak G – Essential Facilities, SLR, 1999, vol. 51, nº5, p.1219.

⁶ Sobre o tema, v.Pais, Sofia (...) *supra* note 1.

⁷ Posner A. Richard, Antitrust in the new economy, The law School the university of Chicago, nº106 (2º Series) p. 2.

Com efeito, o interesse das jurisdições Europeias pela Economia Digital, mais especificamente os casos Google, levam-nos a questionar sobre as possíveis lacunas do direito da concorrência face à estrutura e dinâmica dos mercados digitais nomeadamente sobre uma nova abordagem da tradicional análise da concorrência no âmbito do art. 102 do TFUE, e sobre a possível aplicação da teoria das infraestruturas essenciais a ativos digitais.

Ao longo do nosso trabalho debruçar-nos-emos em primeiro lugar sobre a génese e o âmbito de aplicação da teoria das infraestruturas essenciais com ênfase nos direitos de propriedade intelectual, a novas realidades, considerando as particularidades dos mercados multifacetados próprios da nova economia, para de seguida prosseguirmos para a análise das dificuldades da análise da concorrência no âmbito do artigo 102 do TFUE no mercado digital assim como a eventual existência de uma teoria das infraestruturas “digitais” e, por fim, a problemática da neutralidade e a liberdade da informação, relacionando sempre o nosso estudo com o exemplo do Google.

1) A teoria das infraestruturas essenciais: da génese a novas realidades

No âmbito do direito da concorrência da UE, as empresas não estão impedidas de procurar, de forma legítima, alcançar uma posição de destaque num determinado mercado.

O conceito de posição dominante surgiu no caso *United Brands* como a faculdade de uma empresa “obstar à manutenção de uma concorrência efetiva e de se comportar independentemente dos seus concorrentes, clientes e finalmente dos consumidores.”⁸

Uma empresa em posição dominante apenas será sancionada no âmbito do art 102 do TFUE, em caso de exploração ou exclusão abusiva dessa mesma posição.

⁸CfCaso T-27/76. *United Brands vs. Comissão*, para. 65.

No âmbito da recusa em fornecer, proibida pelo artigo 102 do TFUE surge a teoria das infraestruturas essenciais⁹ segunda a qual, em circunstâncias excepcionais em que o direito exclusivo do titular da infraestrutura puder excluir a concorrência no mercado derivado, a autoridade da concorrência intervirá para garantir o acesso a essa infraestrutura,¹⁰ ou seja, a teoria responde ao imperativo de garantir a concorrência no mercado pela restrição do direitos de propriedade do titular da infraestrutura essencial. A preservação da concorrência justifica a restrição de direitos de propriedade do titular da infraestrutura.

1.1) A noção de infraestrutura essencial na União Europeia: a essencialidade definida a partir das características da infraestrutura

A questão da obrigação por parte das empresas em facultarem o acesso a recursos produtivos relevantes recai no âmbito do abuso de posição dominante, qualificada no art 102 alínea b) do TFUE por recusa de fornecimento.

A primeira dificuldade na aplicação desta teoria prende-se com a definição de *essential facilities*. Quando aplicada, é identificada em termos latos e parcimoniosos, sendo mencionada de forma clara e direta apenas pela doutrina,¹¹ salvo exceções raras na jurisprudência.¹² Abrange quer instalações físicas, consideradas onerosas e de difícil duplicação (aeroportos, pontes, portos) quer ativos imateriais, únicos, como é o caso dos direitos de propriedade intelectual.¹³

As instituições europeias foram estabelecendo os pressupostos da sua aplicação, mas não definiram especificamente quais são as infraestruturas que devem ser consideradas essenciais optando por presunções e suposições, que levam inerentemente à fragilidade da sua aplicação, e a um grau de incerteza jurídica.

⁹Para uma introdução v. Temple L. John. – Defining legitimate competition: companies duties to supply competitors and access to essential facilities, Fordham Internacional law jornal, 1994, vol 18, p. 439.

¹⁰ Hovenkamp, H - IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, Aspen publishers, 2002, p.10-19.

¹¹Moura e Silva, Miguel, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina,2010. p. 366. O autor entende que se traduz na existência do especial poder de monopólio detido pela empresa, e a possibilidade de eliminação da concorrência pela recusa de fornecimento.

¹²Cf Decisão da CE (94/19/CE) Sea Container v. Sealink onde é referida de forma explícita pela primeira vez. E ainda Cf decisão n° 09-D-06 *Autorité de la Concurrence*, de 5 de fevereiro de 2009 SNCF e Expedia Inc. e decisão n° 14-D-06 de 8 de julho de 2014 Cegedim.

¹³Pais, Sofia, *supra* note 1. pag 539.

Uma infraestrutura essencial identifica-se antes de mais nas circunstâncias que a rodeiam. Em primeiro lugar, pela definição do mercado relevante, elemento omnipresente e essencial no direito da concorrência, que analisaremos mais adiante; e ainda pela análise do poder de mercado que determina se uma empresa detém uma posição dominante: apenas uma empresa em posição dominante no mercado da infraestrutura essencial é suscetível de ser responsabilizada.

A infraestrutura essencial é indispensável e é muito difícil duplicá-la¹⁴. A ausência de alternativa faz com que esta *facility* seja única.¹⁵

- No caso *Magill*¹⁶, as informações detidas pelos canais de televisivos preenchem os dois critérios: têm o monopólio de facto sobre as informações que são únicas e necessárias (indispensáveis) para confeccionar as listas dos programas de televisão.

- No caso *Bronner*¹⁷, o TJ alega que para demonstrar que a distribuição domiciliária é indispensável para o exercício da atividade de uma empresa concorrente, não deve existir nenhum substituto real ou potencial a esse sistema.¹⁸ Ora, o TJ constatou a existência de substitutos reais utilizados pelos editores dos jornais e o requerente não provou a ausência de potenciais substitutos como a criação de um novo sistema de distribuição domiciliária.

- O TJ no caso *IMS*¹⁹ relembra que para determinar se um produto/serviço é indispensável para permitir que uma empresa exerça a sua atividade num determinado

¹⁴ Cf MCI Communications Copr. V. AT&T, 708, F. 2D, p. 1081. (1983). Destaca-se no AC. o requisito da existência de uma impossibilidade, prática e razoável, do potencial concorrente duplicar a infraestrutura; ou seja, a duplicação seria inviável em termos práticos ou razoáveis. (Cf. Pais, Sofia, *supra* note 1, ob.cit., pag 541). V. Conclusões do Advogado Geral F. G Jacob de 29/05/1998, Proc c.-7/97, para. 65 e 66.

¹⁵ Dezobry, G – La théorie des facilités essentielles, LGDJ, Tome 124, 2009, p 33-42. Identifica os critérios da essencialidade da infraestrutura: o critério vertical (ou critério da necessidade), isto é, a infraestrutura é necessária para a produção de um bem ou o fornecimento de um serviço, e o critério horizontal (o carácter único). Em suma, uma infraestrutura é essencial quando é indispensável ao exercício de uma atividade económica, mas igualmente quando não existe nenhum substituto real e potencial. Estes dois critérios foram utilizados pelas instituições europeias ao longo das decisões.

¹⁶ Cf. AC. do TJ, de 6 de abril de 1995, Processo C-241/91, RTE, ITP v. CE, Magill Tv guide p. 47. Discutia-se se a RTE, a ITP e a BBC, titulares de direitos de autor quanto a guias televisivos semanais deveriam ser obrigadas a licenciar-los à editora Magill que pretendia reuni-los numa revista.

¹⁷ Cf. AC. do TJ, de 26 de Novembro de 1998, Processo C-7/97, Oscar Bronner/Media-print. Em causa estava a recusa de acesso ao sistema de distribuição domiciliária de jornais (único existente à escala nacional) detida por uma empresa em posição dominante no mercado de jornais diários, ao editor de um jornal diário concorrente.

¹⁸ *Ibid* AC. para. 42.

¹⁹ Cf. AC. do TJ, de 29 de abril de 2004, Processo C- 418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG vs NDC Health GmbH & Co. KG, o litígio opunha a IMS à NDC por esta ter utilizado uma estrutura modular

mercado, convém procurar se existem produtos ou serviços que constituem soluções alternativas.²⁰

- Na sua decisão relativa ao caso *Microsoft*²¹, a CE pronunciou-se sobre o caráter essencial das informações detidas pela Microsoft para assegurar a interoperabilidade entre os servidores de grupo de trabalho desenvolvidos pela *Sun Microsystems* e o sistema Windows. As informações recusadas pela Microsoft são indispensáveis para os concorrentes presentes no mercado desenvolverem produtos alternativos, e não existe alternativas reais ou potenciais para divulgação das informações recusadas.²²

Em suma, na jurisprudência Europeia, a essencialidade é praticamente sempre definida a partir da característica da unicidade da infraestrutura para determinar a necessidade objetiva de um ativo para o exercício de uma atividade no mercado.

1.2) A construção Europeia da sua aplicação: o desenvolvimento da imposição do dever de contratar no direito Comunitário

A primeira decisão que serve de base à questão da recusa abusiva de fornecimento de bens ou serviços à luz do art 102 do TFUE é o caso *Commercial Solvents*.²³ Nesta decisão, “a inexistência de substitutos e o perigo de eliminação da concorrência foram vistos como indícios da vontade europeia em estabelecer a doutrina da infraestrutura essencial no plano concorrencial”.²⁴ No entanto, a doutrina atravessou mais tarde o Atlântico, e a principal decisão da CE que recorreu à noção de “infra-

desenvolvida pela primeira e protegida por um direito de propriedade intelectual, para o fornecimento de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos na Alemanha.

²⁰ *Ibid* AC. para.28.

²¹ Cf. Decisão da CE de 24 de março de 2004, Processo nº Comp/C-3/37.792, *Microsoft Corp v. CE*. A Microsoft recusou fornecer informações necessárias protegidas por direitos de autor, à *Sun microsystems Inc.* que lhe permitiam obter a interoperabilidade dos seus programas com o sistema Windows PC clientes.

²² *Ibid* Decisão. para.18.

²³ Cf. AC. do TJ de 6 de Março de 1974, *ICI e Commercial Solvents v. CE*, Processos apensos 6 e 7/73 – Em causa estava a conduta de uma empresa em posição dominante na produção de uma matéria prima considerada abusiva por interromper o abastecimento de um cliente já existente apenas por este ter entrado no mercado a jusante.

²⁴ Pais, Sofia (...) *supra* note 1. ob.cit., p. 547.

estrutura essencial” foi o caso *Sea containers v. Stena Sealink*²⁵, em que estava em causa a exploração de serviços de linhas férreas que ligavam passageiros e veículos entre a Grã-Bretanha e a Irlanda. Sem qualquer justificação objetiva, a empresa concedia a outras empresas o acesso ao porto, mas em condições desfavoráveis.

A CE propôs uma definição pela primeira vez de uma infraestrutura essencial: “instalação ou infra-estrutura sem cujo acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes”²⁶ e adotou três pressupostos para a sua aplicação: - A indispensabilidade da infra-estrutura detida e utilizada pela empresa em posição dominante e a dificuldade em duplicá-la – A dependência das empresas concorrentes quanto à infra-estrutura, e a viabilidade da prestação de serviços pelos concorrentes no mercado secundário; – O comportamento abusivo que consiste na recusa sem justificação objetiva ou na concessão em termos menos favoráveis do que as dos seus próprios serviços que leva a uma desvantagem competitiva.²⁷

1.2.1) A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual

A jurisprudência Europeia veio acolher cada vez mais a doutrina das infraestruturas essenciais, e as situações que têm merecido maior atenção são o caso da empresa em posição dominante recusar licenciar o seu direito de propriedade intelectual, abrangido pelo artigo 102 do TFUE²⁸. Neste âmbito, o juiz Comunitário foi desenvolvendo as condições próprias da aplicação da teoria, como veremos de seguida.

A questão prende-se em saber se a recusa em licenciar direitos exclusivos a concorrentes pode ser considerada um abuso de posição dominante? Tudo depende das circunstâncias concretas. Aliás ser titular de um direito de propriedade intelectual não implica por si só estar em posição dominante²⁹ e a recusa por si só não configura um

²⁵ Cf. Decisão da CE (94/19/CE) de dia 21 de dezembro de 1993, *Sea Container v. Sealink*.

²⁶ *Ibid* Decisão para. 66.

²⁷ Moura e Silva, *supra* note 11. p. 365-366.

²⁸ Cf. Comunicação da Comissão. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art 82º do tratado sobre comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. 2009/C45/02, para. 78.

²⁹ Cf. AC do TJ, de 6 de abril de 1995, Proc. C-241/91, *RTE, ITP v. CE, Magill Tv guide* p. 46.

abuso de posição dominante segundo o advogado-geral Jacobs no caso *Bronner*.³⁰ Ao titular do direito de propriedade intelectual é atribuída uma recompensa pela inovação, pelo esforço criativo,³¹ tendo assim a capacidade de restringir a concorrência de forma legítima, ou seja, a liberdade de não partilhar esse direito com terceiros durante um determinado período de tempo correspondente à duração da proteção do direito exclusivo. Perante esta incompatibilidade com a aplicação do direito da concorrência, abre-se então o debate sobre a aplicação ou não da teoria das infraestruturas essenciais a essas situações.³²

Segundo o princípio da liberdade contratual, não existe uma obrigação legal de negociar com concorrentes. A intervenção do direito da concorrência na resolução de conflitos entre propriedade e inovação, deve-se a uma tendência para o direito da concorrência ser usado como meio de corrigir os excessos inerentes à atribuição dos direitos de propriedade intelectual.³³ Com efeito, o TJ declarou, no caso *Sirena* que “os direitos reconhecidos pela legislação de um Estado-Membro em matéria de propriedade industrial e comercial não são afetados na sua existência pelos artigos 85º e 86º do Tratado (101º e 102 do TFUE), o seu exercício pode contudo relevar das proibições editadas por estas disposições”³⁴, ou seja, os litígios relacionados com direitos exclusivos podem explicar-se por um problema de delimitação da extensão da proteção ou da consistência do direito, e não pela contestação do monopólio.³⁵ O que se pretende é restringir o exercício impróprio porque abusivo do direito e não a titularidade. O direito da concorrência não sanciona a detenção de monopólio, visa remediar às práticas anti concorrenciais, e por isso não conflitua com a essência dos direitos de propriedade

³⁰ Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas em 28 de Maio de 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs*, Processo C-7/97.

³¹ Monteiro, Luís Pinto – A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência. Almedina, 2010. p. 39. O autor refere uma recompensa ao criador pelo investimento feito, e para incentivar a criação intelectual no futuro.

³² Hovenkamp, *supra* note 10. - Os DPI dão à empresa um certo controlo no mercado. Se a lei limitasse os monopólios, prejudicar-se-ia a inovação e a concorrência. E ainda Lévêque, F e Menière, Y – *Economie de la propriété intellectuelle* – Paris, La découverte, 2003 p. 91 o Professor Lévêque refere que os DPI concedem monopólios, e o direito da concorrência procurar desfazê-los.

³³ Monteiro, Luís Pinto, *supra* note 31. ob.cit., pag 223.

³⁴ Cf. AC do TJ de 18 de fevereiro de 1971, Proc. N° 40/70, *Sirena v. EDA*, p. 81.

³⁵ A doutrina da Escola do conflito inerente reconhece que o DPI é a exceção ao direito da concorrência. A jurisprudência reconhece a existência de um conflito quando o titular do DPI o exerce para além do seu objetivo específico. Esta ideia parte da presunção de que não existe qualquer conflito com o direito da concorrência se o DPI for usado dentro das suas fronteiras legítimas, sendo certo que o problema só surge quando essas fronteiras são ultrapassadas. Cf. Monteiro, Luís Pinto, *supra* note 31. ob.cit., p. 46.

intelectual. Afinal os dois ramos foram concebidos para favorecer a inovação. Trata-se então de conciliar os respectivos interesses, no entanto “os interesses subjacentes às normas da concorrência podem prevalecer sobre aqueles que presidem à atribuição de direitos de propriedade intelectual e que, em circunstâncias específicas, a empresa dominante poderá ser obrigada a licenciar os direitos de propriedade intelectual.”³⁶ ou seja, “só em circunstâncias excepcionais é que o exercício do direito exclusivo pelo seu titular pode dar origem a um abuso e por conseguinte, é permitido, no interesse público da manutenção de uma concorrência efetiva no mercado, afastar o direito exclusivo do titular do direito de propriedade intelectual, obrigando-o a conceder licenças a terceiros que procuram entrar ou manter-se no mercado,”³⁷ pelo que se compreende a natureza restritiva da aplicação da teoria das infraestruturas essenciais neste âmbito, e que só em circunstâncias excepcionais e ponderadas as incitações em inovar é que a recusa em licenciar pode ser vista como um abuso.

O caso *Bronner*³⁸, ainda que não esteja em causa a recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual, tem relevância pela jurisprudência fixada ter reduzido o alcance da teoria da infraestrutura essencial³⁹ ao procurar esclarecer as dúvidas sobre as condições enunciadas na jurisprudência anterior estabelecendo os requisitos para a sua aplicação: – a recusa de acesso a uma infraestrutura com o objetivo de eliminar toda e qualquer concorrência no mercado. – A recusa não pode ser objetivamente justificada. – A infraestrutura é indispensável para o exercício da atividade, no sentido de não existir qualquer outro substituto, real ou potencial.

1.2.2) De Magill a Microsoft: a emergência de um teste independente para ativos imateriais

Vimos que a problemática quanto à possibilidade da aplicação da teoria aos direitos de propriedade intelectual foi afastada, mas mantém-se a questão quanto às condições em que deve tal aplicação ser permitida.

³⁶Pais, Sofia -*supra* note 1. ob.cit., p. 557.

³⁷Ponto 6 do sumário do AC. de 17 de setembro de 2007. Proc. T-201/04.

³⁸Cf. AC do TJ, de 26 de novembro de 1998, Oscar Bronner/Media-print, Processo C-7/97 para. 41.

³⁹Pais, Sofia -*supra* note 1. ob.cit p. 560.

O TJ pronunciou-se pela primeira vez sobre a articulação entre direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência, no caso *Magill*, onde veio provar a especial importância do incentivo à inovação, pondo em prática o teste das condições excepcionais.

Além da prova do caráter indispensável da infraestrutura, exigiu a verificação das três seguintes condições: - a recusa impede o surgimento de um produto novo para o qual existe uma procura potencial por parte dos consumidores⁴⁰; - Tal recusa não é objetivamente justificada⁴¹; - É suscetível de excluir toda a concorrência no mercado secundário.⁴²

Deixando em aberto a questão da verificação cumulativa dos pressupostos, o TJ veio mais tarde esclarecer no caso *IMS* que, para existir um abuso, basta a verificação das três **condições cumulativas** enunciadas no caso *Magill*.

O critério das circunstâncias excepcionais vem assim propor uma reconciliação entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual que assenta na correlação/complementaridade dos respetivos interesses na promoção da inovação.⁴³

Estes limites excepcionais aplicados aos direitos de propriedade intelectual vieram a ser confirmados no Caso *Microsoft*.⁴⁴ Em sua defesa, a Microsoft considerou que se mostravam reunidas as condições que justificavam objetivamente a recusa em fornecer informações à *Sun* por estarem protegidas por direitos de autor, além de que esse fornecimento eliminaria os incentivos da empresa em inovar.⁴⁵

⁴⁰Cf.AC do TJ, de 6 de abril de 1995, Processo C-241/91, RTE, ITP v. CE, *Magill* Tv guide para.54.

⁴¹*Ibid* AC. para.55.

⁴²*Ibid* AC. para.56.

⁴³Anderman, Steven – Does the Microsoft offer a new paradigm for the “exceptional circumstances” test and compulsory copyrighy licences under EC competition law?” *The competition law review*, vol 1, issue 2, 2004 p. 13; Ahlborn, C. Evans, D. Padilla, J – The logic & limits of the “exceptional circumstances test” in *Magill and IMS Health*, *FILJ*, vol 28, issue 4, 2004, p. 1110. O test da CE garante que a intervenção é restrita aos casos em que ainda é suscetível de aumentar o bem-estar social.

⁴⁴Cf. Decisão da CE (2007/53/CE) de 24 de maio de 2006, Processo nº Comp/C-3/37.792, *Microsoft Corp v. CE*.

⁴⁵*Ibid* AC. para.709.

No entanto a CE rejeitou a justificação e veio introduzir uma inovação ao teste das circunstâncias excecionais⁴⁶⁻⁴⁷: **o teste do balanço** da justificação entre os efeitos negativos de uma obrigação de licenciar direitos de propriedade intelectual, e os efeitos positivos que a licença compulsória traz para o mercado,⁴⁸ ou seja, a ponderação dos interesses do titular do direito exclusivo bem como o interesse público.⁴⁹ Conclui que a necessidade de proteger os incentivos para inovar não poderiam justificar objetivamente a recusa em licenciar.⁵⁰ Os efeitos positivos de licenciar não compensavam o impacto negativo da recusa no progresso técnico, que levaria à exclusão dos concorrentes do mercado relevante, em detrimento dos consumidores.⁵¹

A partir do caso *Magill*, a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais aos direitos de propriedade intelectual tornou-se uma realidade, mas o caso *Microsoft* é o grande marco da evolução da jurisprudência que veio estabelecer um equilíbrio e dirimir o conflito existente entre a promoção da concorrência e a proteção da propriedade intelectual. Da prática decisória Europeia foram surgindo os pressupostos da aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, e, no que toca ao campo das

⁴⁶Certos autores entendem que foi introduzido um novo teste distinto do teste das circunstâncias excecionais. Ahlborn, *supra* note 43. p. 1109 e 1110; Monteiro, Luís Pinto, *supra* note 31.p. 150 e criticam a mudança de ónus de prova: compete agora às partes demonstrarem que a recusa em licenciar não reduz os incentivos para a inovação da indústria. Cf. AC. de 17 de setembro de 2007, proc.T-201/04 para 688. Lévêque, François - Innovation, learing and e Essencial facilities: interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, Antitrust, Patents and Copyrights: EU and US perspectives, 2005 p. 121; Para Gerardin, Damien - Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What Can the EU Learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom* ?, *Common Market law Review*, Vol 41, Issue 6, 2004, p.1519 equilibrar as eficiências ex ante versus ex post é um processo muito difícil, que mesmo os economistas mais sofisticados podem achar intimidante. O risco de decisões equivocadas é alto. E ainda, v. Monteiro, Luís Pinto, *supra* note 31.p. 221, realça o caráter subjetivo e imprevisível do teste. *A contrario* Pais, Sofia, *supra* note 1. p. 587, refere que o teste do “novo produto” envolve uma certa margem de discricionariedade, podendo ser um teste de difícil aplicação no caso de determinadas indústrias.

⁴⁷O Tribunal de primeira instância veio esclarecer em sede de recurso, que não se trata de um novo teste. Cf.AC. de 17 de setembro de 2007, proc.T-201/04 para 647, 665.

⁴⁸Monteiro, Luís Pinto, *supra* note 31. ob.cit., p.150.

⁴⁹Pais, Sofia ob.cit p. 586.

⁵⁰Sobre o tema v.Vezzoso, Simonetta – The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A More “Economics-Based” Approach? November, 2005.

⁵¹Ahlborn, *supra* note 43. P. 1111. Perante o grau de incerteza desse tipo de intervenção, uma resposta mais pragmática deve ser limitada às circunstâncias em que: os efeitos pró-concorrências do licenciamento compulsório são elevadas e os efeitos dissuasivos da obrigação de licenciar são baixos.

infraestruturas imateriais⁵², as características inerentes destes direitos justificam um tratamento mais rigoroso em relação aos ativos materiais,⁵³ daí considerarmos existir um teste mais exigente em que, para além dos pressupostos estabelecidos no caso *Bronner*, um critério adicional deve ser preenchido: a recusa resulta num obstáculo ao surgimento de um produto/serviço novo⁵⁴ no mercado (teste das circunstâncias excepcionais). A presença cumulativa de todos os requisitos é fundamental para evitar uma restrição injustificada dos direitos de propriedade intelectual.⁵⁵

Em aberto ficou a questão de saber qual o alcance a conferir à jurisprudência fixada.

Poderá a sua aplicação estender-se ao domínio dos mercados digitais? Dada a necessidade de se terem estabelecidas variações na aplicação da doutrina por não existir uniformidade quanto aos pressupostos da sua aplicação, a doutrina terá de se adaptar a cada caso concreto. Mas em que condições a análise da concorrência europeia de uma recusa de fornecimento e as condições da sua aplicação se adaptam aos mercados da Economia Digital?

1.3) Os novos desafios da Economia Digital

Uma licença compulsória pode prejudicar os incentivos à inovação da empresa em posição dominante, uma vez que obriga o detentor do direito exclusivo a compartilhar o seu direito com concorrentes. No entanto vários estudos empíricos mostram que os direitos de propriedade intelectual não são o mecanismo de proteção mais relevante nos mercados da nova economia, existindo outras formas de lucrar com as inovações que são mais usadas pelas empresas da alta tecnologia: a vantagem do pioneirismo, o big data, e os efeitos de rede são a fonte de novas inovações além dos

⁵²Monteiro, Luís Pinto, *supra* note 31.p.128.

⁵³Pais, Sofiaob.cit p. 597.

⁵⁴O Tribunal confirmou o requisito do novo produto. AC. de 17 de setembro de 2007, proc.T-201/04 para 665. Mas o adjetivo “novo” é ser concebido em termos de tecnologia inovadora e não em termos de um novo produto. V. Squitieri, Mauro – Refusal to license under European Union Competition Law After Microsoft, *Journal of Internacional Business and Law*, vol 1, issue 1 p. 82.

⁵⁵O Tribunal confirmou o requisito do novo produto. AC. de 17 de setembro de 2007, proc.T-201/04 para 665. Mas o adjetivo “novo” é ser concebido em termos de tecnologia inovadora e não em termos de um novo produto. V. Squitieri, Mauro – Refusal to license under European Union Competition Law After Microsoft, *Journal of Internacional Business and Law*, vol 1, issue 1 p. 82

direitos exclusivos,⁵⁶ e consequentemente surgem novas formas de abuso por parte das empresas em posição dominante.

1.3.1) A concorrência pelo mercado e o monopólio natural

Com efeito, a importância crescente da era digital, assim como a sua estrutura e dinâmica colocam novos desafios aos meios regulamentares tradicionais da concorrência. Hoje, os atores mais importantes da economia da informação⁵⁷ são as plataformas digitais. A AFEC⁵⁸ define-as como “qualquer empresa que ponha em relação a oferta e a procura de forma desmaterializada.” São a fonte de novos mercados que vieram desafiar os tradicionais.⁵⁹ Com efeito, caracterizam-se pela presença de plataformas multifacetadas⁶⁰ que propiciam elevados efeitos de rede, economias de escala⁶¹, rápidas mudanças tecnológicas que levam a mudanças na estrutura do mercado, elevados custos fixos e por vezes irrecuperáveis para a produção de novos produtos ou serviços e baixos custos marginais. A estrutura dinâmica leva a que um certo nível de inovação seja necessário para poder entrar e/ou sobreviver no mercado⁶²: **a concorrência é feita pelo mercado e não no mercado.**⁶³

As empresas podem competir com base no preço ou na qualidade dentro de um mercado de um serviço ou bem, e tentar monopolizar a sua oferta, ou podem competir

⁵⁶Graef, Inge, Tailoring the essential facilities doctrine to the IT sector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft, Cambridge Student Law review, vol 7, nº 1, 2011, p. 13.

⁵⁷Sobre o tema V. Meadows, Marwell – The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: illustrating why antitrust duty to deal is still necessary in the New Economy, Fordham Intellectual Property, Vol 25, nº3, 2005 p. 796 e Jarosch, Jeffrey - Novel “Neutrality” Claims against Internet Platforms: A Reasonable Framework for Initial Scrutiny, 59 Clev. St. L. Rev. 2011 p. 538.

⁵⁸AFEC - Rapport sur l'économie numérique de l'Association Française de l'étude de la Concurrence, 2016 p. 32.

⁵⁹Sobre o tema v. Posner, *supra* note 7.p.1. E Verhaert, Joyce - The challenges involved with the application of article 102° TFUE to the New Economy: A case study of Google, 2014, p. 8 ss disponível em : https://works.bepress.com/joyce_verhaert/1/

⁶⁰Sobre o tema, v. Rochet, J. Charles e Tiroe, Jean - Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association, vol. 1, nº. 4, 2003, p. 990–1029.

⁶¹Verhaert, *supra* note 59. p. 8.

⁶²Verhaert, *supra* note 59. p.7.

⁶³V. Meadows, *supra* note 57. p. 806. e Lao, Marina – Search, Essential Facilities, and the Antitrust duty to deal. Northwestern journal of Technology and IP, vol 11, nº5, 2013, p. 288 ss. V. ainda, Graef, Inge – Data as Essential Facility: competition and innovation on Online Platforms, doctoral thesis in law of KU Leuven, 2015, p. 80.

por um mercado que só pode suportar uma única empresa.⁶⁴ O monopólio natural⁶⁵. Por consequência, parte da doutrina defende a possibilidade de aplicar a teoria das infraestruturas essenciais às plataformas digitais.⁶⁶⁻⁶⁷ Mas esses monopólios são temporários ou frágeis, pelas empresas estarem permanentemente expostas ao risco da entrada de novos concorrentes que venham a desenvolver outras tecnologias mais inovadoras e assumir a sua parte no mercado. E quando todas têm por objetivo maximizar as suas participações de mercado, ou seja, monopolizar⁶⁸, torna-se extremamente difícil para as autoridades de concorrência analisarem comportamentos abusivos recorrendo a métodos convencionais.

Para que uma recusa de acesso a um ativo possa ser considerada abusiva, devem distinguir-se dois mercados: o mercado relevante no qual a empresa autora da recusa detém uma posição dominante, e por outro, um mercado derivado no qual o produto ou

⁶⁴ A concorrência pode ter a forma de uma corrida. Na primeira volta, as empresas investem em massa para desenvolver um produto inovador. O vencedor ganha uma grande quota de mercado ou o mercado por inteiro. Nas voltas seguintes, as empresas investem para ultrapassar o leader ao melhorar a sua tecnologia. É a era dos resultados do mercado “*the winner takes all*”. Schmalensee, Richard - Antitrust Issues in Schumpeterian Industries, Economic policy issues regarding Microsoft, vol 90 nº2, 2000, p. 194. - Na luta pela sobrevivência, qualquer empresa deve excluir os seus rivais para sobreviver, a intenção de excluir é a intenção de sobreviver.

⁶⁵ Sobre o tema v. Demsetz, Harold – Why regulate utilities?, Journal of law and Economics. Vol 11. Nº1 1968, page 55-65. e Lao, Marina, *supra* note 63. p. 289.

⁶⁶ O campo de aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais é limitado aos monopólios naturais e aos serviços públicos regulamentados. Neste sentido, v. Robinson, O. Glen – On refusing to deal with rivals, Cornell Law Review, vol 87, Issue 5, 2002, p. 1206. E Lao, Marina, *supra* note 63. p.289. A infraestrutura com características de monopólio natural significa que implica altos custos e custos marginais baixos: a sua duplicação é ineficaz, ou socialmente inútil. Cf. Lao, Marina – Networks, Access and “Essential Facilities”: From Terminal Railroad to Microsoft, Smu Law Rev, Vol. 62, 2009, p. 567.

⁶⁷ Khan, Lina. M – Amazon’s Antitrust Paradox, Yale Law Journal, Vol 126, 2017, p. 710-805. A autora defende que a *Amazon* encontra-se no centro do *e-commerce* e constitui uma infraestrutura essencial para várias empresas cuja sucesso depende do seu acesso. Cf. *ibidem* p. 802. V. ainda, Pasquale, Frank - Dominant search engines : an essencial cultural & political facility, The next Digital decade: essays on the future of the Internet, Berin Szoka & Adam Marcus, 2011, p. 401-417. Considera os motores de busca dominantes como infraestruturas essenciais. Quanto ao Google, v. Mays, Lisa - The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google’s Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe, The George Washington Law Review, Vol 83, nº2, 2015, p.752 e ss. Note-se que alguns autores invocam a aplicação da teoria aos próprios dados que a plataforma detém ; Neste sentido, v. Abrahamson, Zachary – Essential Data, Yale law Journal, issue 3, vol 124, 2014, p. 867- 881 e Meadows, *supra* note 57.p. 796-829.

⁶⁸ A monopolização não é a simples detenção de um monopólio, mas sim a tentativa de adquirir ou manter o poder de mercado desejado por meios anticoncorrenciais, nomeadamente a recusa de acesso a uma infraestrutura essencial. V. Meadows, *inibidem* p. 806-808. E Spulber, F. Daniel & Yoo. C. – Mandating Access to Telecom and the Internet: The Hidden Side of Trinko, Colum. L. Rev. Vol 107. Nº 8, 2007, p. 1826-1827.

serviço em causa é utilizado para a produção de um outro produto ou para o fornecimento de outro serviço.

Mas as características dinâmicas do mercado podem tornar impraticáveis as abordagens tradicionais da concorrência. Com efeito, se a concorrência é feita pelo mercado, e qualquer domínio é temporário, a própria delimitação de poder de mercado é conseqüentemente mais difícil, e, a análise da concorrência tradicional nos mercados da alta tecnologia tem de ser adaptada para refletir a natureza dinâmica da concorrência e a importância da inovação nestas indústrias.⁶⁹

2) A problemática da aplicação do art 102 do TFUE ao mercado digital

O artigo 102 do TFUE proíbe as empresas de praticarem abusos de posição dominante no mercado relevante. A sua atual aplicação pode, no entanto, não ser ideal para setores dinâmicos, onde a posição das empresas no mercado é geralmente instável e imprevisível. A realidade mostra que mesmo uma plataforma digital dominante pode ser vulnerável à pressão concorrencial. As autoridades da concorrência, ao procederem a uma análise da concorrência devem estar cientes da natureza autocorretiva da posição dominante nos mercados da nova economia.

Apenas com um mercado bem definido é possível avaliar com precisão a posição da empresa no mercado e o seu poder de influenciar a estrutura do mesmo.

O nosso estudo centra-se no caso Google Shopping⁷⁰, e ainda na recente decisão Google “AdSense”⁷¹, que ilustram os desafios com os quais são confrontadas as

⁶⁹Francois, Jean - *European Competition Policy in the New Economy*, International Competition Policy Conference 2001 Regulatory Policy Institute, Oxford, 2001, p.3 available from: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_012_en.pdf. As mudanças tecnológicas obrigam-nos a examinar em permanência as evoluções do mercado.

⁷⁰ Decisão da CE de 27 de junho de 2017 – Google Search Shopping, Processo AT-39740.

⁷¹ Comunicado de imprensa da CE de 20 de março de 2019 – Google AdSense / Uma breve ref^a à decisão *Google Android*, onde a CE identificou a posição dominante do Google no mercado dos sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis inteligentes (SOM). V. Comunicado de imprensa da Comissão de 18 de julho de 2018, *Google Android*. Estimamos que os SOM só geram valor quando aplicados em Smartphones e Softwares, daí nos questionarmos sobre um possível equívoco sobre a delimitação do mercado do produto neste caso, defendendo um mercado onde existe efetivamente uma concorrência efetiva: o mercado dos Smartphones, onde existe substituíbilidade de Iphone para Smartphone Android e vice-versa. V. Marty. F, Pillot. J – Les marchés bifaces saisis para le droit de la

autoridades da concorrência na análise de suspeitas de práticas abusivas, quando devem identificar o mercado relevante⁷² de plataformas multifacetadas. Se no âmbito dos mercados unilaterais, o raciocínio deve seguir a sequência dualista tradicional (produto, geográfico), uma adaptação da metodologia é necessária quando estão em causa plataformas multifacetadas.

2.1) A definição do mercado relevante

2.2.1) A definição tradicional do mercado relevante e a problemática no âmbito das plataformas digitais⁷³

A estrutura de intermediação das plataformas digitais, no caso Google, implica o contacto entre três categorias distintas de agentes, ligados por uma plataforma comum, cuja utilização por uma das partes causa impacto direto sobre a outra: O Google, os anunciantes e os utilizadores.

Em troca de um serviço gratuito, a plataforma produz efeitos de rede sobre as suas múltiplas faces: quanto mais aumenta o número de utilizadores mais aumenta o bem-estar que é retirado pelo fornecedor de conteúdo e pelos anunciantes. O maior fluxo de utilizadores incita a procura dos anunciantes.

Os mercados de produtos relevantes no âmbito das plataformas digitais, são atualmente definidos em torno do serviço fornecido ao utilizador e ao anunciante.

concurrência. Reflexions sur la decision Android de la Commission Européenne, Sciences Po OFCE working paper n°1.

⁷² A definição de mercado é centrada sobre as necessidades dos consumidores e identifica a substituíbilidade do produto no caso em que o produto em questão fique mais caro. Sobre o tema v. Kwangkug, Kim - Competition Law in the New Economy Industries: Is the Current Competition Analysis Adequate to Protect Consumers in the New Economy Industries. Published thesis (M.Phil), University of Manchester, 2012. O mercado relevante compreende todos os produtos substituíveis que podem concorrer com o produto em questão e o mercado geográfico. E ainda v. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário (97/C, 372/03), para 7.

⁷³ Para uma melhor abordagem do mercado de “dois lados” v. Filistrucchi, L. Geradin, D. Van, Damme e Affedt. P - Market Definition in Two-Sided Markets :Theory and Practice, Journal of Competition Law. &Econ., vol. 10, n° 2, 2014, p. 299; Luchetta. G- Is the Google Platform a Two-Sided Market?, J. of Comp Law. & Econ, vol. 10, n° 1, 2014, p. 185-207; Thepot, F - Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets , World Comp Law & Econ. Rev, vol 36, n° 2, 2013, p. 195-222.

As características próprias das plataformas de dois lados têm um impacto direto sobre a metodologia que tem de ser seguida na delimitação dos mercados. Entre elas, a particularidade do preço nulo praticado sobre um lado da plataforma. Com efeito, apenas os anunciantes têm custos para a publicação de anúncios publicitários.⁷⁴ São eles que financiam as plataformas digitais. Mas apesar da aparente gratuidade dos serviços para os utilizadores, seria tentador deduzir a ausência de qualquer mercado do produto, nesse lado da plataforma. Mas uma análise centrada exclusivamente do lado dos anunciantes negligencia uma componente essencial do problema ao ignorar a dinâmica própria dos efeitos de rede.⁷⁵ Com efeito, David Evans alega que, na definição de mercado, “a análise do preço deve ter em conta todos os aspetos do mercado e as suas interações” e que “é impossível (analisar a questão do poder de mercado nas plataformas multifacetadas) sem ter em conta os efeitos combinados e interdependentes em todos os grupos de clientes da plataforma.”⁷⁶

Com efeito, a viabilidade do modelo económico seguido pelas plataformas depende da presença simultânea dos utilizadores e dos anunciantes, e qualquer alteração das condições de concorrência sobre um lado é suscetível de afetar a plataforma no seu todo.

Em suma, defendemos que a definição do mercado relevante deve abranger em conjunto a análise do lado dos anunciantes (lado pago) como do lado dos utilizadores (lado gratuito).⁷⁷

A especificidade destas plataformas torna a aplicação dos condicionalismos tradicionais, concebidos para analisar mercados com apenas um lado, inadequados. A

⁷⁴ Em sentido contrário v. Luchetta, *supra* note 73.p.11 - A autora defende que ocorrem duas transações na plataforma do Google, e não apenas uma. Os utilizadores querem aceder a informações, e os anunciantes querem atrair a atenção dos utilizadores.

⁷⁵Neste sentido v. Ratliff, J. Rubinfeld, D - Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ?, *Journal of Competition law & Economics*, 2014 p. 22. No contexto da publicidade sobre pesquisa online, não há dúvidas de que os efeitos indiretos entre a pesquisa orgânica e a publicidade ligada à pesquisa, são muito significativos, porque é evidente que estes efeitos de rede são essenciais à viabilidade da plataforma.

⁷⁶ Evans, David S - The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, *Yale Journal on Regulation*, vol 20, nº2, 2003, *ob.cit* p.357-360.

⁷⁷Ratliff & Rubinfeld, *in ibidem* e Filistrucchi, L. Geradin, D. Van Damme e Affeldt. P *ibidem* sugerem, no entanto, que para os mercados onde existe uma transação, a definição de mercado relevante pode ser limitada ao lado “pago”.

gratuidade do serviço de pesquisa online para os utilizadores, constitui um obstáculo à aplicação de um teste que assenta sobre uma variação dos preços: o **Test SSNIP**.⁷⁸

Neste são incluídos no mercado relevante os produtos de substituição e as áreas adicionais, para os quais os clientes transferem a sua procura, em resposta a um pequeno aumento hipotético (em torno de 5 a 10%) dos preços prevalecentes no mercado dos produtos e áreas em análise.⁷⁹ Mas a aparente gratuidade do serviço de pesquisa online do Google para os utilizadores constitui um obstáculo à aplicação de um teste que assenta numa variação dos preços em detrimento de outros parâmetros como a qualidade. Um aumento do preço é irrelevante do lado dos utilizadores quando o preço é zero, mas o aumento do preço do lado dos anunciantes resultaria numa migração para outro motor de busca onde os preços são mais baixos e o mesmo poderia ocorrer do lado dos utilizadores que migrariam para um motor de busca com mais oferta de publicidade. A aplicação do Test SSNIP apresenta assim limites na economia digital, por ter como característica uma concorrência dinâmica (na qual a pressão concorrencial é exercida pelo aparecimento de novos produtos e não pelo preço) o que pode conduzir à identificação de mercados muito restritos e se pode revelar particularmente delicado no âmbito do art 102 TFUE.⁸⁰

Afim de deduzir os índices de substituíbilidade do produto, o Test SSNIP deveria assentar-se, não num aumento do preço, mas sim na diminuição da qualidade do serviço. Qual seria o efeito resultante de uma diminuição da qualidade dos produtos oferecidos por um monopolizador hipotético?

Note-se, todavia que, a aplicação deste teste poderia ser problemática no caso do Google, uma vez que o conceito de qualidade é subjetivo e a sua variação não será sentida da mesma maneira pela generalidade dos utilizadores.

⁷⁸Neste sentido, v. AC. do TG de 11 de dezembro de 2013, Cisco Systems Inc., e Messagenet spA v. CE. Proc T-79/12 para.73 “Qualquer tentativa de obrigar os utilizadores a pagarem implicaria o risco de diminuir o atrativo desses serviços e de desviar os utilizadores para outros fornecedores que continuassem a propor os seus serviços gratuitamente”.

⁷⁹Pais, Sofia, *supra* note 1. ob.cit., p. 375-376.

⁸⁰*ibidem* ob.cit., pag 376-377.

2.2) Quais os mercados relevantes para o Google?

2.2.1) Mercado do produto

Em primeiro lugar, devemos identificar um ou vários mercados dos produtos suscetíveis de serem relevantes, isto é, que o consumidor em sentido amplo (anunciante, e utilizador) considera como substituíveis em razão das suas características, preço e uso.⁸¹ Ou seja, o exercício da identificação do mercado do produto deve ter em conta os dois lados pertinentes da plataforma.

Do lado do utilizador, na decisão Google Shopping, a CE identificou o **mercado da pesquisa geral online**.⁸² O Google conquistou ao longo dos anos a confiança dos seus utilizadores pela oferta de resultados de pesquisa eficazes e neutros. E não obstante uma diminuição hipotética da qualidade dos resultados de pesquisa do Google, os utilizadores não trocariam de plataforma, apontando-se aliás para um possível *locked in* do seu ecossistema apesar da existência de efeitos de *multi-homing*,⁸³ daí ser pouco provável que a substituíbilidade seja uma fonte de constrangimento para o Google.

É igualmente evidente que uma distinção entre os mercados de pesquisa online horizontal e vertical deve ser efetuada. A CE veio ainda subsegmentar o mercado da pesquisa vertical, ao identificar o mercado para serviços de comparação de preços⁸⁴, decisão com a qual concordamos por levar em conta as especificidades dos serviços de

⁸¹ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário (97/C, 372/03), para 7.

⁸² Entendido como o mercado para o fornecimento de resultados em resposta às pesquisas efetuadas pelos utilizadores. V. Resumo da decisão da CE de 27 de junho de 2017 – Google Search (Shopping) AT. 39740). Note-se que parte da doutrina alega que a gratuidade do serviço constitui um obstáculo à existência de um mercado, no entanto uma resposta pode ser inferida da jurisprudência da Concorrência noutros setores, veja-se os navegadores da Internet para os quais a CE reconheceu a existência de um mercado distinto. Cf. Decisão da CE do 16 de dezembro de 2012 Microsoft ICOMP/C-3/39.530 para 17-22.

⁸³ Os efeitos de *multi-homing* diminuem os efeitos de rede assim como a posição de uma empresa potencialmente dominante. Se um utilizador escolhe utilizar duas redes em vez de uma, as duas ganham um utilizador.

⁸⁴ Cf. *ibid* decisão.

pesquisa especializadaoferecidos por cada setor da pesquisa vertical. (por exemplo: voos, hotéis, restaurantes, notícias...)

Do lado do anunciante,foi identificadoo **mercado da publicidade online**pela CE, ⁸⁵no caso*Google v. Doubleclick*,⁸⁶ e ainda mais especificamente, na recente decisão da CE que condenou o Google por abuso de posição dominante no mercado da intermediação de publicidade associada às pesquisas online, distinguindo-se assim,**um mercado da publicidade online ligada às pesquisas e não ligada às pesquisas**.⁸⁷ A primeira categoria permite aos anunciantes uma segmentação mais específica dos utilizadores.

Em suma, a delimitação do mercado de produtos não pode ser negligenciada e deve imperativamente incluir os dois lados da plataforma.

Note-se que alguns autores apontam para um mercado hipotético de dados de utilizadores, mas tal não é sustentado pelas Autoridades da concorrência.⁸⁸ Aliás, *Tucker e Hill Wellford*⁸⁹ interrogam-se sobre o porquê de definir um mercado de produto se não existe “produto” nem “mercado”? A definição de mercado tem por principal objetivo encontrar as fronteiras entre os produtos que exercem pressão concorrencial entre si e os que não concorrem entre si. Os dados são usados como *inputs* no desenvolvimento de outros produtos ou serviços não podendo existir um mercado “real” no qual a oferta e procura por dados possam ser identificados.⁹⁰ Aliás,

⁸⁵ Apesar de muitos autores defenderem um mercado de publicidade em sentido amplo (offline e online).V. Goldfarb. A e Tucker. C- Substitution Between Offline and Online Advertising Markets , Journal of Competition Law. & Economics, vol. 7, nº 1, 2011, p. 37-44. Sublinham a estreita ligação entre as duas formas de publicidade. E,Manne, Geoffrey A., - The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal, The next Digital decade: essays on the future of the Internet, Berin Szoka & Adam Marcus, 2011, p. 425-426. A autora sustenta que existem provas que atestam a substituibilidade dessas duas formas de publicidade.

⁸⁶ Decisão da CE de 11 de março de 2008– Google v. DoubleClick COMP/M.4731 para 52-53.

⁸⁷ Comunicado de Imprensa da CE, de 20 de março de 2019, Google. E ainda no mesmo sentido, v. Decisão da CE de 18 de fevereiro de 2010, Microsoft v. Yahoo Search Business, Comp/M.5727 para. 71-75.

⁸⁸ Tal consideração levaria a uma definição demasiado ampla do mercado relevante, o que poderia levar à ausência de condenações de empresas por abuso de posição dominante no mercado.

⁸⁹ Tucker. S.D e Wellford, H.B – Big mistakes regarding Big data – The antitrustsource, 2014, p. 4.

⁹⁰ *Ibidem* p. 4. Apenas no caso de venda de dados é que essas informações podem constituir um mercado relevante. E Graef, Inge – Market definition and Market Power in Data: the Case of online platforms, World Competition: Law and Economics Rev, vol. 38, nº4, 2015 ob.cit p. 504.

na fusão Facebook e Whatsapp,⁹¹ a CE recusou definir um mercado de dados uma vez que as partes não venderam nenhum dado a anunciantes ou terceiros. No entanto, poderá existir a necessidade de o direito da concorrência abordar, no futuro, possíveis problemas concorrenciais, para além dos mercados relevantes para o serviço final. Um mercado potencial ou hipotético para dados pode ser definido observando a substituíbilidade de diferentes tipos de dados e, em particular, a funcionalidade que pode ser oferecida por um conjunto específico de dados como input no desenvolvimento de novos serviços.

2.2.2) Mercado geográfico

Quanto ao **mercado geográfico**, a definição parece simples na medida em que os serviços fornecidos pelo Google são acessíveis no mundo inteiro. No entanto, definir um mercado geográfico mundial para todos os serviços do Google, seria ignorar as preferências dos utilizadores e os múltiplos lados da plataforma. Somos da opinião de que o mercado geográfico relevante para os serviços de pesquisa geral, do lado dos utilizadores, deveria ser o mercado mundial.⁹² No entanto, a CE concluiu que os mercados geográficos relevantes tanto para os serviços de pesquisa geral como para os serviços de comparação de preços são todos de âmbito nacional.⁹³ Com efeito, os serviços de pesquisa verticais são orientados a nível nacional e linguístico, portanto o mercado geográfico deverá distinguir um mercado geográfico de pesquisa online vertical e um mercado geográfico da pesquisa online horizontal em função das fronteiras nacionais e linguísticas, o mesmo se aplica do lado dos anunciantes quanto ao mercado de publicidade online.⁹⁴

⁹¹ Cf. Decisão da CE de 3 de outubro de 2014, Facebook/WhatsApp Case M.7217.

⁹² Cf. Decisão da CE de 18 de fevereiro de 2010, Microsoft v. Yahoo Search Business, Comp/M.5727 para. 96-98.

⁹³ Cf. Resumo da decisão (...) *supra* note 82.

⁹⁴ Neste sentido v. Verhaert, *supra* note 59. p. 29. Decisão da CE *supra* note 92 para. 93 e Decisão da CE *supra* note 86. Para. 84.

2.3) Análise do poder de mercado do Google: A concorrência está realmente à distância de um “clique?”

2.3.1) As quotas de mercado

Uma vez o mercado relevante identificado, resta-nos analisar o poder de mercado. Se uma empresa em posição dominante dispõe necessariamente de um certo poder de mercado, o inverso nem sempre é verdade. Vários autores defendem que se torna impossível, tendo em conta a natureza dinâmica do mercado digital, manter uma posição dominante duradoura. Quando se trata de avaliar a existência de uma posição dominante nestes mercados, várias são as lacunas da política da concorrência.⁹⁵

Em primeiro lugar, a **quota de mercado** constitui tradicionalmente o ponto de partida de uma análise de posição dominante. É calculada com base no volume de vendas correspondente ao produto relevante na área geográfica relevante. Mas em mercados dinâmicos, em que a concorrência está diretamente relacionada com a capacidade de inovação das empresas, a posse de altas quotas de mercado pode ser irrelevante por apenas ser um indicador preliminar da situação competitiva uma vez que a concorrência é exercida pelo mercado e não no mercado.⁹⁶ *A contrario*, a quota de mercado permanece um bom indicador de poder de mercado quando é estável durante um determinado período de tempo.⁹⁷

Em vez de depender apenas das quotas de mercado que podem ser efémeras, a CE tem cada vez mais em conta a concorrência potencial na avaliação da posição dominante de uma empresa,⁹⁸ assim como se revela fundamental a análise de barreiras à entrada ou a inexistência de pressões concorrenciais efetivas.

⁹⁵ Sobre o tema ver, Messina, M - Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation ? », Comp. L. Rev., vol.2, nº2, 2006, p. 73-98.

⁹⁶ Cf Decisão da CE de 7 de outubro de 2011, Microsoft v. Skype, Comp/M.6281 para. 99 ss. E Cf. Lao, Marina, *supra* note 63. p. 291.

⁹⁷ O Google tem 90% de quota de mercado no mercado de pesquisa online horizontal no EEE cf. <http://gs.statcounter.com/search-engine-market-share> e 75% no mercado de publicidade online cf. Comunicado de imprensa da CE de 20 de março de 2019, Google Adsense.

⁹⁸ Sobre o tema v. Decisão da CE *supra* note 96. para. 78 ss e Ferrari, Saretta L., - Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Rev de concorrência e reg, Ano IV, n.º 14/15, 2013, p. 255. V. Evans, D.S. e Schmalensee. R., - Markets with two-sided platforms?, Issues in Competition and Law and Policy, 2008, vol 1, chap 28, p. 667-693. E ainda cf. Comunicação da CE *supra* note 28. para. 16.

2.3.2) Barreiras à entrada

Afim de minimizar a existência de barreiras à entrada, o Google defende-se apontando para a existência de *multi homing* e que a “concorrência está à distância de um clique gratuito”, o que significa que o utilizador e o anunciante não suportam custos ao mudarem-se para outra plataforma. Mas terá razão?

A doutrina aponta para a presença de **efeitos de rede** decorrentes do tratamento de dados de utilizadores pela plataforma. Para aperfeiçoar o seu algoritmo e assim proporcionar resultados mais próximos dos desejados pelos utilizadores, o motor de busca recorre a um método de *Trials and errors*,⁹⁹ e neste campo o Google parece bater records pois, diante da enorme popularidade e do grande volume de pesquisas, são realizadas cada vez mais “tentativas e erros”, proporcionando um constante aperfeiçoamento do seu algoritmo de pesquisas e a atração de um maior número de utilizadores aos seus serviços.¹⁰⁰ Cria-se, assim, um efeito “bola de neve”: quanto maior o número de utilizadores numa plataforma digital, maior será a qualidade dos serviços e o valor que a plataforma adquire, o que atrairá por sua vez e novamente mais utilizadores, e igualmente mais anunciantes, pela possibilidade de um melhor direcionamento de anúncios, e assim mais probabilidade de o utilizador clicar e comprar. O Google foi reconhecido como essencial e insubstituível pelos anunciantes.¹⁰¹

Estes efeitos de rede acabam por reforçar o efeito *locked in* dos consumidores, e criam barreiras à entrada, por tornar a plataforma cada vez mais atrativa tanto para os utilizadores como para os anunciantes, o que reduz as possibilidades de troca por parte de ambos.¹⁰² Sinónimo da pesquisa online, o Google sabe que é omnipresente no

⁹⁹ Quanto mais pesquisas o utilizador realizar, mais informações pessoais serão absorvidas pela plataforma, e esta por sua vez, poderá melhorar rapidamente o seu algoritmo ao antecipar resultados mais exatos e próximos dos termos utilizados nas pesquisas dos utilizadores.

¹⁰⁰Ferrari, S.*supra* note 98. p. 256.

¹⁰¹ Decisão da CE de 18 de fevereiro de 2010, Microsoft v. Yahoo Search Business, Comp/M.5727 para. 198. A CE sublinha que o motor de busca do Google é praticamente unanimemente considerado como um “*must have*” pelos anunciantes. E ainda, Parecer n.º 10-A-29 da *Autorité de la Concurrence* de 14 de dezembro de 2010, sobre o funcionamento da publicidade em linha, parágrafos 250-254, disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10a29.pdf>

¹⁰² Para uma análise mais profunda da problemática dos efeitos de rede no Direito da Concorrência v.Penard, T - L'accès au marché dans les industries de réseau: enjeux concurrentiels et réglementaires, *Revue internationale de Droit. économique*, t. XVI, n.º 2/3, 2002, p. 293-312.

quotidiano dos seus utilizadores, e para tal, a sua estratégia assentou-se na integração vertical: quem entra no seu ecossistema, dificilmente sai.

Apontamos igualmente para **os custos fixos elevados** por vezes irrecuperáveis, para investimentos em I&D, aprimoramento do algoritmo de pesquisa, infraestruturas para indexação, direitos de propriedade intelectual, e ao mesmo tempo para custos marginais de produção muito baixos, que criam **economias de escala**, fatores esses que correspondem a um entrave à entrada no mercado para novos concorrentes.

Dado o papel dos efeitos de rede, questiona-se se qualquer outra empresa será capaz de alcançar a supremacia do Google sem o acesso a uma quantidade comparável de dados que esta detém.¹⁰³ Com efeito, a força competitiva dos negócios online é determinada pela quantidade e pela qualidade dos dados que as plataformas absorvem dos seus utilizadores. Sem dados, não há efeitos de rede. A disponibilidade de dados em pesquisas anteriores é crucial para a relevância de futuros resultados de pesquisa.¹⁰⁴

Alguns autores alegam até que os dados são indispensáveis¹⁰⁵ para o sucesso de uma plataforma digital, sendo considerados o “novo petróleo” da economia da informação,¹⁰⁶ podendo constituir uma barreira à entrada no mercado se não estiverem disponíveis para novos ou potenciais concorrentes.¹⁰⁷ Mas tal argumento é discutível. Os dados são largamente disponíveis. São bens não rivais e não exclusivos, ou seja, o uso das informações extraídas dos dados por uma empresa não impede que essas sejam coletadas por outra empresa, não conferindo assim poder de mercado.¹⁰⁸ E mais, o

¹⁰³ Harbour, P. J. & T. I. Koslov. - Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets, 76 Antitrust Law Journal, vol 76, nº3 2010, p.769-784.

¹⁰⁴ O sucesso de uma plataforma depende de quão rápida ela pode obter os dados necessários em tempo real, v. Graef, *supra* note 90. p. 487 ss.

¹⁰⁵ Para uma análise mais detalhada da indispensabilidade do controlo de dados na era digital, v. Lerner, A.V. The Role of "Big Data" in Online Platform Competition, SSRN Working Paper (2014) disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780e. Grunes A.P and Stucke M.E, - No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, 14 Antitrust Source, 2015 disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051

¹⁰⁶ Newman N, Antitrust and the economic of the control of users data, Yale Journal of regulation, vol 31, issue 2, 2014. O autor refere que o conhecimento enraizado das informações pessoais dos consumidores impede praticamente qualquer rival ou potencial rival de seduzir um anunciante online.

¹⁰⁷ Grunes &Stucke *supra*note 105. p. 7-8.

¹⁰⁸ Lerner, *supra* note 105. obs.cit.p.7 “A empresa com o maior numero de dados pessoais não vence necessariamente.” E ainda v. Tucker &Wellford, *supra* note 89. p. 3 e 12. Nem os dados disponíveis para o Google, nem os da Doubleclick constituem uma contribuição essencial para o êxito de um produto. Cf Decisão da CE de 11 de março de 2008 – Google v. DoubleClick COMP/M.4731 para. 365 e ainda Cf Decisão da CE de 3 de outubro de 2014, Facebook/WhastApp Case M.7217, “Existe um número

mero acesso a dados sem a possibilidade efetiva e eficiente de processá-los em informação relevante pode ser insuficiente para uma plataforma digital ter sucesso, pelo que, não concordamos com o fato de constituírem barreiras à entrada de novos concorrentes.¹⁰⁹

Com efeito, a história dos motores de busca mostra que não existe uma barreira real à expansão e à ampliação de um motor de busca existente, se não, a necessidade de continuar a investir em hardware, equipamentos de rede, soluções de software mais sofisticados para manter o motor de busca suficientemente protegido contra possíveis ataques externos e capazes de processar quantidades crescentes de dados.¹¹⁰

Sustentamos que a existência de um poder de mercado notável, e de barreiras à entrada e à expansão, comprovam a posição dominante do Google nos mercados interligados da pesquisa online horizontal e da publicidade ligada à pesquisa.¹¹¹ Será ainda oportuno lembrar uma situação paralela ao caso Google que analisamos supra, em que a CE conferiu importância às quotas de mercado no caso *Microsoft*¹¹², mas igualmente à existência de efeitos de rede nos mercados em causa para análise de poder de mercado.

importante de participantes no mercado que coletam dados de utilizadores ao lado do Facebook (...) e não estão no controlo do Facebook”.

¹⁰⁹ Tucker & Wellford, supra note 89. ob.cit., pag 12. Qualquer concorrência afetada pelo uso de Big Data ocorre quase que inteiramente de acordo com o quanto as empresas analisam informações, não de acordo com o quando elas obtêm. A única vantagem competitiva obtida através do acesso ao big data é uma vantagem baseada na “perspicácia” comercial, que não é uma preocupação antitrust (...).

¹¹⁰ Renda, Andrea. - Searching for harm or harming search- a look at the European Commission’s antitrust investigation against Google, Centre for European Policy Studies, nº 18, 2015, ob.cit p. 30 se existissem barreiras elevadas à entrada, o Google nunca teria conseguido ultrapassar os concorrentes estabelecidos que desfrutaram de uma vantagem de pioneirismo e de um tamanho inequivocamente maior.

¹¹¹ Parte da doutrina rejeita a possibilidade do Google deter um poder de mercado significativo. A começar pela não existência de um mercado de um serviço fornecido gratuitamente. V. Kersting, C e Dworschark, S. – Does Google hold a dominant market position ? – Addressing the (minor) significance of high online user shares, Ifö Schnelldienst, 2014, p. 6-7. V. Herz, Martin – Google Search and The law of dominance in the EU, An assessment of the compatibility of current methodology with multi-sided platforms in online search disponível em : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2497932

¹¹² Cf. Decisão da CE de 24 de março de 2004, Processo nº Comp/C-3/37.792, Microsoft Corp v. CE para 435, 499 e 514. A CE estimou que a Microsoft detinha 90% de quota de mercado dos sistemas de exploração para PC.

3) A aplicação da teoria das infraestruturas “digitais” ao Google?

A posição dominante de que dispõe o Google atribui-lhe a especial responsabilidade de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno. Na análise dos casos Google, convém não perder de vista a licitude de uma posição dominante, apenas sendo condenável a sua exploração abusiva.¹¹³

Com efeito, à semelhança da definição de mercado relevante e da análise de poder de mercado do Google, o seu comportamento é particularmente difícil de avaliar à luz do artigo 102 do TFUE.

Foram discutidos nos casos, Google shopping, Google Android, e Google Adsense, os termos em que a recusa de fornecimento de ativos do Google aos seus concorrentes podia ser considerada uma prática abusiva da sua posição dominante. O nosso estudo centrar-se-á no caso Google Shopping.

Entre as condutas apuradas destaca-se a suposta falta de neutralidade do seu motor de busca que conferiu uma vantagem aos seus serviços de pesquisa verticalizados, ao conceder um lugar de destaque à Google Shopping, o seu serviço de comparação de preço, sem este ser necessariamente o resultado mais útil das pesquisas realizadas, em detrimento dos serviços concorrentes.

O Google utilizaria a sua posição dominante no mercado da pesquisa geral online horizontal para ampliar o seu domínio no mercado da pesquisa vertical, uma vez que o privilégio dos seus resultados resultaria num aumento de fluxo de consumidores em sentido amplo¹¹⁴ e conseqüentemente num aumento de relevância para efeitos de algoritmo do seu motor de busca, colocando em risco a sobrevivência da concorrência nesse mercado, devido à diminuição do tráfego de utilizadores nos serviços de pesquisa verticais concorrentes afetar a capacidade de atrair consumidores pelos efeitos de rede, e

¹¹³Cf. Caso T-27/76. *United Brands vs. CE* para 113 e cf. Comunicação da CE *supra* note 28. para. 1.

¹¹⁴(Anunciantes e utilizadores). Os sites apresentados no topo da lista de resultados gerais tendem a receber mais acessos; os estudos indicam que poucos são os utilizadores que chegam a verificar os resultados além da primeira página apresentada pelo Google, apenas clicando nos três primeiros resultados.

consequentemente a diminuição de incentivos em inovar. Tais práticas poderiam igualmente excluir a concorrência do mercado da publicidade online, por potenciais concorrentes serem incapazes de desenvolver ou proporem serviços de intermediação publicitária alternativos aos do Google.

Este encerramento do mercado por meio de práticas anti concorrenciais terá como efeito necessário um impacto direto nos consumidores decorrente da exclusão de motores de busca verticais, reduzindo as opções dos utilizadores, travando a inovação, e ainda, elevando os preços para os anunciantes.¹¹⁵

Em sua defesa, o Google nega qualquer manipulação de resultados de busca, justificando a ausência de alguns websites no topo das listas de resultados por escassez de qualidade ou relevância, e ainda não seria do seu interesse manipular resultados por risco de quebrar a confiança dos seus utilizadores que veem os seus resultados como confiáveis e neutros.

As plataformas de pesquisas verticais dependem da sua exposição nos resultados de pesquisas naturais da Google para atrair utilizadores aos seus serviços, sobretudo em razão do papel essencial que tal motor de busca representa como ponto de entrada à navegação em linha,¹¹⁶ e igualmente do fato pelo qual os utilizadores do Google criaram um hábito cognitivo de recorrerem a esse motor de busca. **Será o motor de busca do Google, uma infraestrutura essencial?**

Aplicar a teoria no caso Google é considerar que as práticas do Google correspondem ao comportamento de uma empresa em posição dominante que restringe ou impede o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados. Mas será que o Google recusou o acesso aos seus concorrentes ao seu motor de busca? A resposta parece ser negativa, como veremos nas próximas linhas.

¹¹⁵Ferrari, S.*supra* note 98. ob.cit., p. 264. “O Google pode orientar artificialmente o tráfego, desviando-o dos serviços comparadores de preços concorrentes e prejudicando a capacidade de estes competirem no mercado.” em Comunicado de imprensa da CE de 15 de abril de 2015. disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_pt.htm

¹¹⁶Ferrari, S.*supra* note 98. ob.cit., p. 262. “It is the access point for most consumers, and search results on Google determine which websites are successful and which end up in oblivion ... More particularly, it is argued that Google has used its control over this bottleneck to deny access by competitors to Google’s users.” em Manne, *supra* note 85. ob.cit., pag 423.

A teoria das infraestruturas essenciais tem algo de aliciante para os concorrentes do gigante online, mas o objetivo do direito da concorrência é impedir as distorções da concorrência, proteger a sua estrutura e, em particular, salvaguardar os interesses dos consumidores, e não proteger a posição dos concorrentes.¹¹⁷ As decisões das instituições da UE não devem permitir aos concorrentes do Google sentirem-se tentados em aproveitar as inovações de um monopólio,¹¹⁸ sob pena de se tratar de uma nova teoria das infraestruturas práticas ou convenientes.¹¹⁹

3.1) Indispensabilidade

Admitindo a existência de uma plataforma digital detida por uma empresa em posição dominante ser considerada uma infraestrutura essencial, isto é, um ativo sem o qual os concorrentes não podem servir os seus clientes, ainda será necessário apurar qual o ativo em causa, e a sua indispensabilidade.

Parte da doutrina sustenta que o Google é um *gatekeeper* indispensável de acesso à internet,¹²⁰ o sucesso dos serviços verticais concorrentes dependem do acesso ao Google, mas este é de longe o único meio de acesso à informação na Internet.¹²¹ Para os utilizadores, os motores de busca gerais são práticos, no entanto, para aceder a qualquer website, podem nem sequer recorrer ao Google, optando, por exemplo, por aceder diretamente a plataformas de pesquisa vertical especializadas cada vez mais populares no mercado afim de encontrarem informações mais úteis. Note-se que os utilizadores recorrem cada vez mais às aplicações móveis em *Smartphones* pela

¹¹⁷ Conclusões do advogado-geral Jacobs apresentadas em 28 de Maio de 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs, Processo C-7/97. Para 58.

¹¹⁸ Teoria do passageiro clandestino ou *free rider*.

¹¹⁹ Ridyard, D - Compulsory Access Under EC Competition Law a New Doctrine of ‘Convenient Facilities’ and the Case for Price Regulation, E.C.L.R., vol. 25, nº 11, 2004, p. 669-673.

¹²⁰ V. Mays, Lisa *supra* note 67. obs. Cit p. 730-736, e Bracha, Oren, Pasquale, Frank – Federal search commission? Access, Fairness and accountability in the law of search, Cornell L review, vol. 93, 2008, p. 1152 ss.

¹²¹ Por exemplo o motor de pesquisa geral Bing, Yahoo, DuckDuckGo e Blekko aos quais os utilizadores podem recorrer para aceder à internet, e onde os fornecedores de conteúdo podem alcançar potenciais clientes.

facilidade e rapidez de utilização para aceder a qualquer tipo de informação, tornando desnecessário o uso de um motor de busca gerais;¹²²

O requisito da indispensabilidade não se verifica tão pouco para os concorrentes: existem alternativas viáveis como fonte de promoção dos serviços para atrair utilizadores sem obrigatoriamente recorrer a um motor de busca geral ou figurar no topo da lista de resultados de pesquisas. É o caso da compra de espaços de anúncios publicitários em qualquer motor de busca geral, patrocínios em redes sociais e ainda o recurso ao marketing nos meios de comunicação offline.¹²³

Em suma, a infraestrutura deve ser essencial, indispensável à viabilidade da concorrência, e não apenas preferível a soluções alternativas.¹²⁴

3.2) A questão da recusa de acesso.

Os queixosos assim como a CE, declararam indiretamente que o Google recusa o acesso ao seu motor de busca. No entanto, o que desejam é obter uma melhor classificação com o intuito de atrair o fluxo dos utilizadores. A aplicação da teoria das infraestruturas essenciais parece cair por terra por não existir uma **recusa de fornecimento** em sentido estrito. Considerando como candidato a ativo essencial tanto o motor de busca como a classificação de resultados,¹²⁵ qualquer concorrente tem acesso ao Google: os websites concorrentes são facilmente acessíveis com recurso a palavras-chave (nome da empresa ou parte dele) na caixa de pesquisa do Google¹²⁶ por exemplo.

No entanto, a desclassificação dos concorrentes e o tratamento preferencial dos serviços de pesquisa vertical pela empresa em posição dominante pode ser vista como uma recusa implícita¹²⁷ com o objetivo de encerramento indireto do mercado que pode

¹²²Acesso através do próprio link, pesquisa na barra de ferramentas, ou em aplicações móveis, ou em redes sociais. (Booking, tripadvisor, ebay, Amazon).

¹²³Promover um produto ou serviço em redes tradicionais, como a TV, rádio, revistas ou jornais, impressos (...)

¹²⁴Lao, Marina, *supra* note 63. p. 298.

¹²⁵Themelis, Theodoros A. – Information and intermediation, abuse of dominance and internet “neutrality”: “adapting” competition policy under the Digital Single Market and the Google Investigation (?), *European Journal of law and technology*, vol 4, nº3, 2013.

¹²⁶Lao, Marina, *supra* note 63. p.301.

¹²⁷Comunicação da CE *supra* note 28. para. 79.

inviabilizar a concorrência de fato.¹²⁸ Mas supor que a listagem de resultados seja um ativo essencial é duvidoso porque qualquer concorrente pode melhorar a sua posição na classificação de resultados graças ao serviço *Adwords*¹²⁹ do Google, a não ser que a essencialidade recaia sobre o acesso ao topo do ranking mas tal ativo não pode ser compartilhado neste âmbito,¹³⁰ sendo que neste caso o Google não tem obrigação legal de dar acesso ao seu ativo aos seus concorrente.

Em suma, apesar das condutas alegadamente abusivas do Google serem suscetíveis de excluir os serviços concorrentes, vários foram os atores que entraram no mercado nestes últimos anos, pelo que a concorrência continuou a existir e o requisito do surgimento de um produto novo não se verificou tão pouco.

Concluimos assim que a aplicação da teoria das infraestruturas digitais, aplicando-se os pressupostos adicionais apurados de *Magill até Microsoft*, parece ser uma aposta errada nos mercados da pesquisa online.¹³¹

4) Proteção de acesso, neutralidade e liberdade da informação: o novo conflito entre o direito de propriedade e o direito da concorrência

Na sequência da nossa análise, a ênfase crucial dada pela CE nestes mercados digitais parece estar além da questão da recusa de acesso a um ativo. O direito da

¹²⁸ Para uma análise da influência dos resultados classificados nas primeiras posições nos motores de busca, sobre os consumidores. v. Lewandowski, Dirk – Challenges for search engine retrieval effectiveness evaluations: Universal Search and user intents, and results presentation, Quality issues in the Management of Web Information, Springer, vol 50, 2009, p. 179-196 Bania, Konstantina – Abuse of dominance in online search: google’ s special responsibility as the new bottleneck for content access, Revista de concorrência e regulação, Ano IV, n.º 14/15, 2013, p. 222.

¹²⁹ AFEC – *supra* note 58.p. 64. o *Adwords* permite aos anunciantes comprarem a leilão por *pay per click* palavras chave que, quando pesquisadas pelo utilizador, aciona o aparecimento instantâneo de um anúncio.

¹³⁰ Existe apenas uma posição no primeiro lugar do ranking, uma segunda e assim em diante. Sobre a natureza não rival de um ativo v. Lao, Marina, *supra* note 63. p.302-304. v. Bork, Robert. H. e Sidak, Gregory. J – What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google?, J of Comp law & Eco, 8, 2012, p. 682-683. Os autores, para além de discordarem do monopólio do Google, refutam ainda o caráter essencial do topo da lista de resultados do Google. Cf. *ibid* p.679.

¹³¹ Em sentido contrário, o abuso de posição dominante do Google torna a teoria das infraestruturas essenciais a maneira ideal de regular o Google e proteger melhor os consumidores. V. Mays, Lisa *supra* note 67. p.758.

concorrência fiscaliza o funcionamento do mercado após o acesso, ou seja, o tratamento dos concorrentes dentro da lista de resultados no âmbito do art. 102 al c) do TFUE.¹³²

A possível manipulação dos resultados apresentados pelo Google deve ser igualmente considerada pois basta a verificação de que o objetivo do Google seja suscetível de conduzir a um encerramento do mercado para que a conduta seja subsumível no artigo 102 TFUE.¹³³“Uma empresa em posição dominante pode recorrer aos métodos que regem uma concorrência normal entre produtos ou serviços na aceção de uma concorrência pelos méritos, mas um comportamento que diverge do comportamento normal (...) é por natureza a enfraquecer a concorrência ainda existente”¹³⁴, em detrimento dos consumidores.

A questão essencial assenta na informação, na disponibilidade, e na metodologia de pesquisa que o Google emprega, através do seu algoritmo de pesquisa, para favorecer o seu próprio conteúdo e destaca-lo em resposta a determinadas pesquisas. Um algoritmo é a base fundamental de um motor de pesquisa, sendo a sua qualidade o fator decisivo para o sucesso da plataforma.¹³⁵É indiscutível que os algoritmos de pesquisa do Google, assim como o modo de classificação dos seus resultados, são o fruto de uma inovação sem precedentes, e têm um valor comercial considerável, o que implica que as empresas assegurem os seus direitos sobre eles, nomeadamente em relação aos seus concorrentes. A sua proteção é fundamental.

O Google teria então violado a neutralidade da pesquisa em prol do interesse comercial.

¹³²Bania, K. *supra* note 128. p.226-228.

¹³³Uma empresa em posição dominante possui uma especial responsabilidade de não permitir que as suas condutas obstam a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum. Cf. AC. do Tribunal de Primeira Instância de 7 de outubro de 1999 – Irish sugar v. CE, T-228/97, Para 112. E AC. do Tribunal de Primeira Instância de 30 de setembro de 2003 – Michelin v. Comissão, T-203/01, Para 55. A proibição de exploração abusiva compreende comportamentos que tenham tanto como objetivo como um efeito anti concorrencial.

¹³⁴ Conclusões do Advogado geral J. Kokott, No AC de 23 de fevereiro de 2006, British Airways v. Comissão, C-95/04 P, para. 24.

¹³⁵ É uma espécie de fórmula matemática com uma potência de cálculo fenomenal que analisa biliões de informações e conjuga vários fatores como as preferências dos utilizadores, a utilidade e atualização das informações etc. O *PageRank* permite classificar automaticamente os websites em função da sua pertinência/relevância e do número de visitas.v. AFEC – *supra* note 58.p 63 ss.

Uma manipulação de resultados pode ir de encontro a um acesso real, razoável, necessário, suficiente à informação para permitir a capacidade pragmática dos concorrentes de operarem em igualdade de condições uma vez dentro do mercado.

Os algoritmos foram até hoje pouco apreendidos pelo direito em razão do seu caráter secreto, opaco e pouco transparente, criando até um efeito de “caixa negra”¹³⁶. Difícil será então provar, se uma manipulação ocorre com o objetivo de discriminar os concorrentes. Encontrar um remédio adequado que não afete a concorrência neste setor não é tarefa fácil.

Questiona-se, se os remédios deveriam apontar para a revelação dos critérios de funcionamento do algoritmo,¹³⁷ e/ou pela sua hipotética alteração, em prol da neutralidade dos resultados de pesquisa que permitiria melhorar a disponibilidade e a liberdade de escolha da informação ao consumidor, e que retiraria os obstáculos aos concorrentes uma vez dentro do mercado.

O direito de propriedade parece novamente conflitar com os objetivos do direito da concorrência. Como justificar a hipotética obrigação de divulgar e/ou alterar o algoritmo e a consequente restrição de direito de propriedade em prol do direito da concorrência?

Somos da opinião que a questão da neutralidade da pesquisa ou da plataforma não deve nunca ser invocada enquanto princípio antitrust.¹³⁸

Um dos objetivos da concorrência é garantir que as empresas que detêm uma posição dominante não excluam os seus rivais através de outros meios que não sejam a

¹³⁶ V. Bracha, Pasquale, *supra* note 120, p. 1178.

¹³⁷ A favor da divulgação dos algoritmos. V. FairSearch – Google’s Transformation from Gateway to Gate keeper: how Google’s exclusionary and Anticompetitive Conduct Restricts Innovation and deceives consumers,” (2011), p. 40 disponível em: <http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/10/Googles-Transformation-from-Gateway-to-Gatekeeper.pdf> E Intron, Lucas & Nissenbaum, Helen – Shaping the web: why the politics of search engines matters, The Information Society, 2000, p. 181. “As a first step we would demand full and truthful disclosure of the underlying rules (or algorithms) governing indexing, searching, and prioritizing, stated in a way that is meaningful to the majority of web users.”. A supervisão direta da neutralidade dos algoritmos de busca é necessária. “As Google becomes even more dominant, we envision substantially greater investigation of the effect of Google's linking policies, ultimately including deeper outside verification and oversight (...) In the long run, just as Windows source code and APIs are subject to outside scrutiny, we expect that search algorithms will require similar external review. (Sublinhado nosso) cf. Edelman, Benjamin & Lockwood, B – Measuring Bias in “Organic” web search. Disponível em: <https://www.benedelman.org/searchbias/>. E ainda v. Bracha, Pasquale, *supra* note 120, pag. 1149-1210. Contra a divulgação do algoritmo e as suas consequências v. Bork & Sidak ... *inibidem* p. 685 ss. E v. Jarosh, J. *supra* note 57, p. 566.

¹³⁸ Renda, Andrea. - Searching for harm or harming search- a look at the European Commission’s antitrust investigation against Google, Centre for Eur. Pol Studies, nº 18, 2015. ob.cit., p. 45.

concorrência com base no mérito¹³⁹(...); Ora o comportamento não neutro do Google responde às preferências dos consumidores, não existindo provas sólidas da prática do comportamento do Google ter prejudicado a concorrência.

O direito da concorrência não visa proteger os concorrentes, mas sim uma concorrência dinâmica, e qualquer prejuízo aos concorrentes não pode justificar a neutralidade enquanto reivindicação. Uma intervenção da concorrência pela imposição da divulgação de algoritmos não parece ser a solução mais adequada por apenas ser benéfica para os concorrentes,¹⁴⁰ e poder afetar diretamente a relevância dos resultados apresentados, circunstância esta que equivaleria a uma redução de qualidade dos serviços de busca aos utilizadores e uma forma de desestimular a inovação, prejudicando a escolha dos utilizadores.¹⁴¹

Os motores de busca devem ser não neutros para serem pertinentes e competirem para a qualidade e a diferenciação de produtos. A neutralidade da pesquisa prejudicaria a expansão natural dos motores de busca travando a inovação.

A legislação da concorrência não proíbe as empresas de alcançarem uma vantagem concorrencial mediante o tratamento preferencial dos seus próprios serviços, ou mediante o desenvolvimento de um melhor algoritmo, ou seja, não deve impedir a empresa em posição dominante de desenvolver um melhor produto para os consumidores.

Em face das lacunas existentes desde a análise da concorrência, identificação do mercado, e os remédios inadequados, será necessário que a CE procure soluções adequadas que permitam controlar eventuais abusos ou sugerir mecanismos pelos quais esta conduta seja neutralizada, sem com isso, afetar a qualidade dos resultados das pesquisas online disponibilizadas aos utilizadores da internet. Optar por uma cooperação mais responsável do lado das plataformas será a melhor opção política do que pretender a neutralidade dos atores cujo papel é essencialmente evitá-la, com o fim

¹³⁹ Comunicação da CE *supra* note 28. para. 6.

¹⁴⁰ Os algoritmos do Google são a sua principal vantagem competitiva. Exigir a divulgação seria o equivalente à divulgação da fórmula secreta da Coca-Cola. V. Ammori, M e Pelican, L – Proposed remedies for search bias: “Search Neutrality” and other proposals in the Google Inquiry, 2012, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2058159 obs. cit. p 27.

¹⁴¹ Cf. Ferrari, Saretta L., - Google e o.. *ibidem* ob.cit., pag 277. Para uma abordagem do conceito de neutralidade da pesquisa e a sua relação com o direito da concorrência ver: Grimmelmann, James. – Some Skepticism about search neutrality”, *The Next digital Decade*, vol. 435, 2011 pag 442-443. E Lianos, Ioannis. Motchenkova, Evgenia – Market dominance and quality of search results in the search engine market, *Journal of Competition law and Economics*, 2013, pag 31 e ss.

de ajudar os utilizadores a navegarem no ciberespaço sem se afogarem na abundância de informações que os caracteriza.¹⁴² Somos da opinião que a aposta deveria focar-se na neutralidade da pesquisa como um objetivo regulamentar aplicado *erga omnes*, isto é, a qualquer plataforma, não distinguindo motores de pesquisa dominantes e não dominantes.¹⁴³

O equilíbrio entre propriedade e inovação passa pela proposta do Regulamento da UE sobre a transparência e equidade nas relações comerciais em plataformas digitais, marco importante do Mercado Único Digital, que estabelece a regra segundo a qual as plataformas de pesquisa terão de informar claramente as empresas dos principais parâmetros¹⁴⁴ que determinam a classificação dos bens e serviços, e ainda fazer prova de transparência no meio como tratam os seus próprios produtos/serviços em relação aos dos seus concorrentes. Lembramos que o algoritmo de pesquisa do Google cumpre os requisitos do **Segredo Comercial**.¹⁴⁵

Neste sentido, o direito de propriedade do Google parece salvaguardado por este não ser obrigado a revelar quaisquer Segredos Comerciais na aceção da Diretiva (UE) 2016/943 do PE e do Conselho,¹⁴⁶ que veio melhorar a proteção dos Segredos de Negócio, e nomeadamente dos algoritmos.

¹⁴²Renda, *supra* note 138.p.34.

¹⁴³Renda, *supra* note 138. p.17.

¹⁴⁴ A noção de “parâmetros principais” faz referência a quaisquer critérios gerais, processos, sinais específicos incorporados em algoritmos ou outros mecanismos de ajuste ou despromoção utilizados no âmbito da classificação. Esta descrição deve facultar aos utilizadores empresariais um entendimento adequado de como o mecanismo de classificação tem em conta as características dos bens e serviços efetivamente fornecidos pelo utilizador empresarial e a sua relevância para os consumidores dos serviços de intermediação online. Neste sentido, v. Proposta de Regulamento do PE e do Conselho relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores empresariais de serviços de intermediação em linha 2018/0112 (COD), art 5 e 6.

¹⁴⁵ V. Diretiva (UE) 2016/943 de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais. Art 2. Note-se que ao contrário das patentes que podem ser divulgadas findo o prazo de proteção legal, os segredos comerciais podem nunca chegar a entrar no domínio público. V. Bracha, P. *supra* note 118, p. 1181.

¹⁴⁶ Diretiva (UE) 2016/943 *ibid*. Para que cumpre a obrigação relativa à divulgação dos principais parâmetros de classificação, a descrição deve, pelo menos, basear-se em dados reais relativos à importância dos parâmetros de classificação utilizados. A diretiva representa um real avanço na proteção dos segredos de negócio por fornecer ao detentor do *know-how* e de informações comerciais não divulgadas, verdadeiros meios judiciais de proteção e de reparação.

Conclusão:

O estudo da Teoria das infraestruturas essenciais desde a sua gênese a novas realidades, leva-nos a reconhecer que se torna impossível contruir uma doutrina única que possa ser aplicada a todos os setores da economia. A imposição de um acesso compulsório terá diferentes efeitos sobre a concorrência e a inovação consoante as características próprias de cada mercado. Impõe-se assim a adaptação das condições da doutrina a cada setor em específico. A teoria das infraestruturas essenciais revelou ser a solução mais eficiente para dirimir o conflito entre o direito da concorrência e o direito de propriedade intelectual pelos seus pressupostos terem sido adaptados às especificidades dos direitos exclusivos.

No entanto, em razão da natureza dinâmica da concorrência, das externalidades de rede, da rivalidade das plataformas digitais, da dificuldade na análise da concorrência e no apuramento da existência de barreiras à entrada, vimos que o art 102 do TFUE e a sua aplicação tradicional não está perfeitamente adaptada às características do mercado da pesquisa online pelo que os pressupostos traçados na jurisprudência *Microsoft* para os mercados tecnológicos não podem constituir a fonte de uma nova teoria das infraestruturas digitais.

Simonetta Vezzoso sustentava que “o próximo passo no processo de modernização do direito da concorrência da UE, iniciado há quase uma década, implicará possivelmente uma revisão da política da Comissão relativa ao abuso de posição dominante nos termos do artigo 82 do Tratado CE.”¹⁴⁷

Da decisão Google Shopping, nasceu um novo conflito entre propriedade e concorrência por terem sido discutidos remédios como o acesso compulsório aos algoritmos do Google protegido por Segredo Comercial, em prol de uma maior transparência e neutralidade da pesquisa como princípio antitrust, a favor da concorrência (ou dos concorrentes?). Mas **afinal, serão os próprios algoritmos candidatos a infraestruturas digitais?**

¹⁴⁷Vezzoso, Simonetta - The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A More “Economics-Based” Approach? November, 2005.

Somos da opinião de que o caso Google seja um caso “teste” através do qual a CE deve iniciar uma nova abordagem do art 102 TFUE, privilegiando um modelo capaz de assegurar um relacionamento adequado entre a inovação e a concorrência e distanciando-se do seu documento de orientação que dá prioridade às práticas de exclusão¹⁴⁸, para assim dar mais importância à “escolha dos consumidores” e à inovação. Com efeito, as prioridades parecem ser a liberdade de escolha efetiva de todos os atores da internet e isso só é concretizável no contexto de um verdadeiro **Mercado Único digital**¹⁴⁹ cujas medidas permitirão antecipar as práticas de toda e qualquer plataforma e não apenas da empresa em posição dominante, por meio de recursos eficazes, em benefício da neutralidade e da transparência, e conseqüentemente, do bem-estar dos consumidores.

¹⁴⁸ No início da investigação Google Shopping, a CE privilegiou a adoção de uma decisão de compromissos nos termos do art 9º do Regulamento (CE) nº 1/2003.

¹⁴⁹ Mercado Único Digital: mercado que reúne os bens físicos, serviços e conteúdos eletrônicos por via de canais eletrônicos.

Bibliografia:

- Abrahamson, Zachary – Essential Data, Yale law Journal, issue 3, vol 124, 2014.
- Ahlborn, Christian. Evans, S David. Padilla, Jorge – The logic & limits of the “exceptional circumstances test” in Magill and IMS Health, Fordham International Law Journal, vol 28, issue 4, 2004.
- Anderman, Steven – Does the Microsoft offer a new paradigm for the “exceptional circumstances” test and compulsory copyrighy licences under EC competition law?, The competition law review, vol 1, Issue 2, 2004.
- Arreda Phillip – Essential facilities: an epithet in need of liming principles, Antitrust Law Journal, vol 58, n°3, 1989.
- Bania, Konstantina – Abuse of dominance in online search: google’ s special responsibility as the new bottleneck for content access, Revista de concorrência e regulação, Ano IV, n.º 14/15, 2013.
- Bork, Robert. H. e Sidak, Gregory. J – What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google?, Journal of Comp law & Economics, 8, 2012.
- Bracha, Oren e Pasquale, Frank – Federal Search Commission? Access, Fairness and accountability in the law of search, Cornell Law review, vol. 93, 2008.
- Demsetz, Harold – Why regulate utilities?, Journal of law and Economics. Vol 11. N°1 1968.
- Dezobry, Guillaume – La théorie des facilités essentielles, LGDJ, Tome 124, 2009.
- Evans, David S - The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, Yale Journal on Regulation, vol 20, n°2, 2003.

Evans, David S e Schmalensee. Richard - Markets with two-sided platforms?, Issues in Competition and Law and Policy, vol 1, chap 28, 2008.

Ferrari, Saretta L., - Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?, Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, n.º 14/15, 2013.

Filistrucchi, L. Geradin, D. Van, Damme e Affedt. P - Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, Journal of Competition Law. & Econ., vol. 10, nº 2, 2014.

Francois, Jean - European Competition Policy in the New Economy, International Competition Policy Conference 2001 Regulatory Policy Institute, Oxford, 2001, Disponível em : http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_012_en.pdf.

Gerardin, Damien - Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What Can the EU Learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom?, Common Market law Review, Vol 41, Issue 6, 2004.

Goldfarb, Avi e Tucker. Catherine -Substitution Between Offline and Online Advertising Markets , Journal of Competition Law. & Economics, vol. 7, nº 1, 2011.

Graef, Inge – Data as Essential Facility: competition and innovation on Online Platforms, doctoral thesis in law of KU Leuven, 2015.

Graef, Inge – Market definition and Market Power in Data: the case of online platforms, World Competition: Law and Economics Review, vol. 38, nº4, 2015.

Graef, Inge - Tailoring the essential facilities doctrine to the Itsector: compulsory licensing of intellectual property rights after Microsoft, Cambridge Student Law review, vol 7, nº1, 2011.

Grimmelmann, James – Some Skepticism about search neutrality”, The Next digital Decade, vol. 435, 2011.

Grunes, Allen P e Stucke Maurice.E, - No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, Antitrust Source, 2015, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051

Harbour, Pamela. J & Koslov, Tara. I - Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets, Antitrust Law Journal, vol 76, nº3, 2010.

Herz, Martin – Google Search and The law of dominance in the EU, An assessment of the compatibility of current methodology with multi-sided platforms in online search, disponível em : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2497932

Hovenkamp, H - IP and antitrust, an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, Aspen publishers, 2002.

Introna, Lucas & Nissenbaum, Helen – Shaping the web: why the politics of search engines matters, The information Society, 2000.

Jarosch, Jeffrey - Novel “Neutrality” Claims against Internet Platforms: A Reasonable Framework for Initial Scrutiny, Cleveland State Law Review, vol 59, nº 4, 2011.

Khan, Lina. M – Amazon’s Antitrust Paradox, Yale Law Journal, Vol 126, 2017.

Kwangkug, Kim - Competition Law in the New Economy Industries: Is the Current Competition Analysis Adequate to Protect Consumers in the New Economy Industries, Published thesis (M.Phil), University of Manchester, 2012.

Lao, Marina – Search, Essential Facilities, and the Antitrust duty to deal. Northwestern journal of Technology and IP, vol 11, nº5, 2013.

Lao, Marina – Networks, Access and “Essential Facilities”: From Terminal Railroad to Microsoft, Smu Law Review, Vol. 62, 2009.

Lerner, Andres. V - The Role of "Big Data" in Online Platform Competition, SSRN Working Paper (2014) disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780

Lévêque, François e Menière, Y – Economie de la propriété intellectuelle – Paris, La découverte, 2003.

Lévêque, François - Innovation, leveraging and Essential facilities: interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, Antitrust, Patents and Copyrights: EU and US perspectives, 2005, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900

Lewandowski, Dirk – Challenges for search engine retrieval effectiveness evaluations: Universal Search and user intents, and results presentation, Quality issues in the Management of Web Information, Springer, vol 50, 2009.

Lianos, Ioannis. Motchenkova, Evgenia – Market dominance and quality of search results in the search engine market, Journal of Competition law and Economics, 2013.

Luchetta. Giacomo - Is the Google Platform a Two-Sided Market?, Journal of Competition Law. & Economics, vol. 10, nº 1, 2014.

Manne, Geoffrey A - The Problem of Search Engines as Essential Facilities : An Economic & Legal, *The next Digital decade: essays on the future of the Internet*, Berin Szoka & Adam Marcus, 2011.

Marty. F, Pillot. J – Les marchés bifaces saisis para le droit de la concurrence - Reflexions sur la decision Android de la Comission Européenne, Sciences Po OFCE working paper nº1, 2019.

Mays, Lisa - The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe, The George Washington Law Review, Vol 83, nº2, 2015.

Meadows, Marwell – The Essential Facilities Doctrine in Information Economies: illustrating why antitrust duty to deal is still necessary in the New Economy, *Fordham Intellectual Property*, Vol 25, nº3, 2005.

Messina, Michelle - Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?, *Competition Law Review.*, vol.2, nº2, 2006.

Monteiro, Luis Pinto – A recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual no direito da concorrência, Almedina, 2010.

Moura e Silva, Miguel, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina, 2010.

Lipsky B. Abbot e Sidak Gregory – Essential Facilities, *Stanford Law Review*, vol. 51, nº5, 1999.

Newman, Nathan - Antitrust and the economic of the control of users data, *Yale Journal of regulation*, vol 31, issue 2, 2014.

Pais, Sofia Oliveira – Entre inovação e concorrência: em defesa de um modelo Europeu. Universidade Católica Editora, 2011.

Pasquale, Frank - Dominant search engines : an essential cultural & political facility, *The next Digital decade: essays on the future of the Internet*, Berin Szoka & Adam Marcus, 2011.

Penard, Thierry - L'accès au marché dans les industries de réseau: enjeux concurrentiels et réglementaires, *Revue internationale de Droit économique*, t. XVI, nº 2/3, 2002.

Posner A. Richard, Antitrust in the new economy, The law School the university of Chicago, nº106 (2º Series) disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=249316

Ratliff, Jame e Rubinfeld, L. Daniel - Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?, *Journal of Competition law & Economics*, 2014.

Ridyard, Derek - Compulsory Access Under EC Competition Law a New Doctrine of 'Convenient Facilities' and the Case for Price Regulation , *E.C.L.R.*, vol. 25, n° 11, 2004.

Renda, Andrea. - Searching for harm or harming search- a look at the European Comission's antitrust investigation against Google, *Center for European Policy Studies*, n° 18, 2015.

Richer, Laurent – Le droit à la paresse? Essential facilities, version française, *Recueil Dalloz*, 1999.

Robinson, O. Glen – On refusing to deal with rivals, *Cornelle Law Review*, vol 87, Issue 5, 2002.

Rochet, J. Charles e Tiroe, Jean - Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n°. 4, 2003.

Schmalensee, Richard - Antitrust Issues in Schumpeterian Industries, *Economic policy issues regarding Microsoft*, vol 90 n°2, 2000.

Squitieri, Mauro – Refusal to license under European Union Competition Law After Microsoft, *Journal of Internacional Business and Law*, vol 1, issue 1.

Spulber, F. Daniel & Yoo, Christopher – Mandating Access to Telecom and the Internet: The Hidden Side of Trinko, *Columbia Law Review*, Vol 107, N° 8, 2007.

Temple L. John. – Defining legitimate competition: companies duties to supply competitors and access to essential facilities, *Fordham Internacional law jornal*, 1994, vol 18.

Themelis, Theodoros A. – Information and intermediation, abuse of dominance and internet “neutrality”: “adapting” competition policy under the Digital Single Market and the Google Investigation (?), *European Journal of law and technology*, vol 4, n°3, 2013.

Thepot, Florence - Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets , *World Competition Law & Econ. Review*, vol 36, n° 2, 2013.

Tucker, S. Darren e Wellford, Hill. B – Big mistakes regarding Big data – The antitrustsource, 2014.

Verhaert, Joyce - The challenges involved with the application of article 102° TFUE to the NewEconomy: A case study of Google, 2014, disponível em: https://works.bepress.com/joyce_verhaert/1/

Vezzoso, Simonetta - The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A More “Economics-Based” Approach?, 2005.