



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Abuso de Posição Dominante nos Mercados Digitais

Mariana Ribeiro Martins

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Abuso de Posição Dominante nos Mercados Digitais

Mariana Ribeiro Martins

Orientador: Professora Doutora Sofia Oliveira Pais Cunha

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019

Agradecimentos

Aos meus pais, por todo o apoio.

À Inês, pelo carinho.

Ao Pedro, pelo incentivo.

À Professora Sofia Pais pelo apoio e disponibilidade.

Resumo

Numa época em que a economia digital ganha cada vez maior importância, torna-se evidente a necessidade de análise e estudo dos mercados que a caracterizam e do quadro legal que a envolve. Como tal focamos a nossa investigação nos desafios que os mercados digitais levantam no âmbito do Direito Europeu da Concorrência.

Através da análise das recentes Decisões da Comissão nos Casos Google, percebemos o impacto das características dos mercados digitais na definição de mercado relevante e posição dominante, determinação do tipo de abuso e medidas corretivas plausíveis.

Concluimos que o Direito Europeu da Concorrência se mantém como adequado para dar resposta aos desafios que estes mercados levantam, não obstante ser necessário adaptá-lo e flexibilizá-lo, atendendo às características específicas dos mercados digitais.

Palavras-Chave: Direito da Concorrência; Abuso; Posição Dominante; Mercados Digitais;

Abstract

At a time when the digital economy is becoming increasingly important, there is a clear need for analysis and study of the markets that characterize it and the legal framework that surrounds it. Therefore, we focus our research on the challenges that digital markets raise under European Competition Law.

By analyzing recent Commission Decisions in Google Cases, we realized the impact of digital market characteristics on relevant market definition and dominance, determination of the type of abuse and plausible remedies.

We conclude that European Competition Law remains adequate to meet the challenges that these markets raise, although it needs to be adapted and made more flexible, taking into account the specific characteristics of digital markets.

Keywords: Competition Law; Abuse; Dominant Position; Digital Markets;

Índice

1. Introdução	9
2. O Abuso de Posição Dominante.....	10
2.1. Enquadramento.....	10
2.2. Artigo 102.º TFUE.....	10
2.3. O conceito de empresa.....	11
2.4. O conceito de mercado relevante.....	11
2.5. O conceito de posição dominante.....	12
2.6. O conceito de abuso.....	13
2.7. Afectação do comércio entre os Estados Membros.....	15
2.8. Consequências da infração do artigo 102.º TFUE.....	15
3. O Direito da Concorrência nos Mercados Digitais.....	17
4. Abuso de Posição Dominante nos Mercados Digitais na UE.....	22
4.1. Enquadramento.....	22
4.2. A Saga “Google”	22
4.2.1. Caso Google Search (Shopping).....	22
4.2.2. Caso Google Android.....	24
4.2.3. Caso Google AdSense	25
4.3. As dificuldades na aplicação do art.102.º TFUE aos mercados digitais.....	26
4.3.1. Definição de Mercado Relevante e Posição Dominante.....	27
4.3.2. Determinação do Tipo de Abuso.....	30
4.3.3. Medidas Correctivas.....	38
5. A perspectiva Internacional.....	41
5.1.EUA.....	41
6. Conclusão	44
7. Bibliografia.....	45
7.1. Obras e Artigos.....	45
7.2. Jurisprudência.....	49

Lista de siglas e abreviaturas

AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

CoRe - European Competition and Regulatory Law Review

CPI - Competition Policy International

EUA - Estados Unidos da América

FTC - Federal Trade Commission

JCLE - Journal of Competition Law&Economics,

JECLAP - Journal of European Competition Law & Practice

MCLR - Market and Competition Law Review

TFUE - Tratado do Funcionamento da União Europeia

TUE - Tratado da União Europeia

UE - União Europeia

1. Introdução

Ao longo das últimas décadas, fruto da inovação e do desenvolvimento tecnológico, os mercados digitais têm vindo a ganhar um papel central na nossa sociedade.

Assistimos a uma verdadeira transição, enquanto o mercado tradicional, físico, começa a dar espaço ao mercado digital. Comprovando-o, uma das dez prioridades da Comissão para 2014-2019 passa pela estratégia para o mercado único digital na UE.

O crescimento dos mercados digitais tem levado ao aumento de investigações, nomeadamente no âmbito do Direito da Concorrência, tanto a nível europeu como a nível internacional. Destaque, ao longo principalmente da última década, tendo a Comissão aplicado coimas com valores exorbitantes a empresas como a Apple e a Google. Assim damos conta da crescente preocupação com empresas que actuam principal ou exclusivamente nos mercados digitais.

Propomo-nos nesta Dissertação a perceber a necessidade, ou não, de uma inovação a nível do Direito da Concorrência, nomeadamente do artigo 102.º TFUE. Será que o Direito tal como está basta para dar resposta aos desafios levantados por estes mercados? Para tal, tentaremos identificar as principais dificuldades que estes mercados levantam aludindo às principais características dos mesmos.

De seguida, analisaremos as três recentes decisões da Comissão em relação à Google, abordando as principais críticas que se fizeram na doutrina acerca dos fundamentos utilizados na identificação de um Abuso de Posição Dominante. Procuraremos dessa forma perceber se houve evolução entre as decisões, ou se pelo contrário a Comissão mantém a mesma linha de actuação. Ainda verificaremos se tal acção por parte da Comissão, para além de reunir todos os fundamentos legais, se demonstra adequada à realidade dos nossos dias ou se pelo contrário, demonstra uma fragilidade e consequentemente a necessidade de adequação das regras da concorrência aos mercados digitais.

Por último, faremos um paralelismo com o Direito Antitrust Norte Americano. Tal parece-nos adequado uma vez que a Google, para além de já ter sido alvo de uma investigação por parte da FTC em 2013, está mais uma vez a ser investigada por suspeitas de violação das regras da concorrência.

2. O Abuso de Posição Dominante

2.1. Enquadramento

Desde cedo, a existência de uma concorrência justa e equitativa, em que não só as empresas estão salvaguardadas como também o bem-estar do consumidor, tornou-se essencial no seio da União. As normas de defesa da concorrência na União Europeia, sem prejuízo de evoluções naturais atendendo às próprias mudanças político-económicas, conseguiram manter-se inalteradas por várias décadas, permitindo grande estabilidade.¹

Quanto às finalidades da Política da Concorrência na UE, para além da evidente finalidade política: mercado único no qual a integração europeia² se torna essencial, têm destaque finalidades económicas: eficiência económica e protecção dos consumidores³ bem como finalidades sociais: protecção de pequenas e médias empresas, liberalização de mercado⁴.

2.2. Artigo 102.º TFUE

O artigo 102.º TFUE determina que: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.”⁵

Assim, e para podermos aplicar este artigo, têm de estar preenchidos quatro requisitos:

- a) empresa;
- b) posição dominante no mercado relevante;
- c) abuso;
- d) afectação do comércio entre os Estados Membros.

Apesar da grande inspiração do direito europeu da concorrência no direito antitrust norte-americano, este artigo afasta-se do conceito de monopólio do artigo 2.º do Sherman Act⁶.

¹ Pais, Sofia Oliveira, “Considerações de Lealdade e Equidade no Direito da Concorrência da União: breves reflexões.”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, 35 (2018), pp. 124-127.

² Pais, Sofia Oliveira, *Entre a Inovação e a Concorrência- Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp.64 e ss.

³ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *EU Competition Law- Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 6ª ed., pp.26-27.

⁴ Nazzini, Renato, *The Foundations of European Union Competition Law- The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, 2011, pp.24-45.

⁵ Artigo 102.º TFUE.

⁶ “§2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations,

Como refere Moura e Silva⁷, o TFUE evita o conceito de monopólio ou da acção ou tentativa de monopolizar, referindo-se apenas às empresas em posição dominante e proibindo a exploração abusiva dessa posição.

As práticas abusivas descritas no artigo compreendem uma lista meramente exemplificativa e não exaustiva.⁸

2.3. O conceito de empresa

Para que possamos aplicar o artigo 102.º TFUE torna-se necessário averiguar os requisitos já enunciados. O conceito de empresa para o direito da concorrência apresenta-se como uma noção específica.⁹ É por ele abrangido quem desenvolva uma actividade económica, podendo inclusive tratar-se de uma pessoa singular. Pela negativa, não preenchem o conceito de empresa actividades de cariz social, actividades que não assumam os riscos do mercado regidas pelo princípio da solidariedade, bem como as actividades que visam a protecção do interesse público com prerrogativas de poder público.¹⁰¹¹

Vejamos o esclarecimento feito pelo Tribunal no Acórdão Höfner¹²: “(...) no âmbito do direito da concorrência o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento.”.

O artigo 102.º prevê ainda a possibilidade da posição dominante colectiva¹³.

2.4. O conceito de mercado relevante

Definir o mercado relevante é essencial para a correcta aplicação do artigo 102.º TFUE. “(...) a delimitação do mercado em questão é de importância essencial, por as possibilidades da concorrência só poderem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa (...)”¹⁴

shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine (...)”, Sherman Act, www.justice.gov/atr/file/761131/download, consult. em 18/SET/2019.

⁷ Silva, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp.875- 883.

⁸ Caso 6/72, Acórdão Continental Can, para.26.

⁹ Henriques, Miguel Gorjão, *Direito da União- História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, 9ª ed, p.634.

¹⁰ Caso C-113/07 P, Acórdão Selex, para. 3.

¹¹ Wish, Richard, Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 9ª ed., pp. 84-92.

¹² Caso C-41/90, Acórdão Höfner, para.2.

¹³ Casos C-395/96 P e C-396/96 P, Acórdão Compagnie Maritime Belge, para.36.

¹⁴ Caso 6/72, Acórdão Continental Can, para. 32.

Assim, e como refere Gorjão-Henriques¹⁵, a existência de uma posição dominante só pode ser certificada em relação a um mercado relevante.

Assente está que existem duas dimensões de mercado: o mercado de produto e o mercado geográfico.¹⁶ O primeiro compreenderá os produtos considerados substituíveis do ponto de vista do consumidor atendendo às suas características, preço e utilização.¹⁷ O segundo compreenderá, por seu turno, a área no espaço europeu ou mundial em que as condições de concorrência são homogêneas e podem distinguir-se das condições vizinhas¹⁸.

É ainda necessário averiguar o possível impacto de três condicionalismos concorrenciais: a substituição do lado da procura, a substituição do lado da oferta e a concorrência potencial.

2.5. O conceito de posição dominante

Como já mencionamos, o conceito de posição dominante não se confunde com o conceito de monopólio utilizado no direito norte-americano. Na perspectiva europeia, não se proíbe que uma empresa detenha uma posição dominante no mercado. O que não pode acontecer é que uma empresa que detenha uma posição dominante abuse dessa posição através de práticas que possam falsear a concorrência.

O Tribunal, no Acórdão *United Brands*, declarou que:

“A posição dominante a que se refere este artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permita afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.”¹⁹

Assim, a posição dominante relaciona-se mais com o poder económico que a empresa detém e a sua possibilidade de agir de forma independente no mercado.²⁰ Como Gorjão-Henriques afirma²¹, posição dominante significa autonomia global da estratégia seguida no mercado, independência de comportamento relativamente aos outros operadores económicos

¹⁵ Henriques, Miguel Gorjão, *op.cit.*, p. 664.

¹⁶ Ferro, Miguel Sousa, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência-Teoria e Prática*, Almedina, 2015, p. 363, O autor considera que existem 3 dimensões, acrescentando a dimensão temporal.

¹⁷ Caso 27/76, Acórdão *United Brands*, para. 22.

¹⁸ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03) pts 28 e ss.

¹⁹ Caso 27/76, Acórdão *United Brands*, para. 65.

²⁰ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *op.cit.*, p.285.

²¹ Henriques, Miguel Gorjão, *op.cit.*, p.668.

no mercado. Moura e Silva²² esclarece ainda que o poder de mercado pode ser exercido através de comportamentos atentatórios da própria estrutura concorrencial, traduzindo-se na capacidade de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva.

Um dos critérios utilizados na aferição da existência de uma posição dominante refere-se às quotas de mercado. No Acórdão *British Airways*²³, o Tribunal indicou que quotas de 40% podem ser já um indício de posição dominante. Já no caso *United Brands*²⁴, o Tribunal esclareceu que a quota de mercado não indicava automaticamente a existência de uma posição dominante no mercado, devendo ser apreciada: “face ao poder económico e ao número dos seus concorrentes”.

Na Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.^o²⁵, são referidos outros factores para além da quota de mercado. Como referem *Wish e Bailey*²⁶, estes outros factores vêm referidos em especial no ponto 17 da Orientação. Neste são dados vários exemplos de barreiras, como sejam jurídicas, vantagens específicas da empresa em posição dominante, custos e outros entraves resultantes nomeadamente de efeitos de rede e até mesmo o próprio comportamento da empresa em posição dominante.

A partir do momento em que as empresas estão nesta posição, recai sobre elas uma responsabilidade especial²⁷. No Acórdão *TeliaSonera* tal é salientado: “(...) não deixa de ser verdade que, segundo jurisprudência assente, incumbe à empresa que ocupa uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interior”.²⁸

2.6. O conceito de abuso

Não há no Tratado uma definição de abuso. Contudo, de especial interesse revelam-se: a teoria mais restrita da escola francesa (Joliet)- defendia que só são abusos de posição dominante as condutas das empresas que visam prejudicar os consumidores e a teoria de *Mestmäcker*-

²² Silva, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p.897.

²³ Caso T 219/99, Acórdão *British Airways*, para. 211.

²⁴ Caso 27/76, Acórdão *United Brands*, para. 109.

²⁵ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C 45/02).

²⁶ *Wish, Richard, Bailey, David, op. cit.*, p.191.

²⁷ Caso T 203/01, Acórdão *Michelin/Comissão*, para. 55.

²⁸ Caso C 52/09, Acórdão *TeliaSonera*, para. 24.

defendia uma noção ampla de abuso, devendo ser proibidos quer os abusos de exploração quer os abusos de exclusão.²⁹

No Acórdão Continental Can³⁰ o Tribunal afirmou: “(...) esta disposição não se refere apenas às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efectiva, tal como se refere no artigo 3.º, alínea f), do Tratado”.

Também no Acórdão Hoffman esta noção mais ampla de abuso é acolhida:

“A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir (...) a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.”³¹

Como referem Jones e Sufrin³², as principais categorias de abusos compreendem os abusos de exploração e os abusos de exclusão. O art.102.º não refere a possibilidade de uma justificação objectiva de abuso, no entanto, esta existe e tem sido desenvolvida pela jurisprudência³³.

“A apreciação da justificação económica de um regime de descontos ou de prémios criado por uma empresa em posição dominante efectua-se com base em todas as circunstâncias do caso concreto (...). É necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência susceptíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório deste regime não apresenta qualquer relação com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter tais vantagens, tal regime deve ser considerado abusivo.”³⁴

A Comissão Europeia nas Orientações³⁵ vem explicitamente aceitar justificações objectivas do abuso por necessidades objectivas, estas entendidas como condições externas à empresa que se prendem com razões de saúde e segurança pública. No fundo, a Comissão vem

²⁹ Pais, Sofia Oliveira, *Entre a Inovação e a Concorrência- Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p.474.

³⁰ Caso 6/72, Acórdão Continental Can, para. 26.

³¹ Caso 85/76, Acórdão Hoffman La Roche, para.91.

³² Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *op. cit.*, p.351.

³³ Caso 209/010, Acórdão Post Denmark, para. 40.

³⁴ Caso C95/04, Acórdão British Airways, para. 86.

³⁵ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C 45/02).

acolher nas Orientações a jurisprudência do Tribunal mais vai ainda mais longe e entende que podem ser justificadas condutas abusivas desde que a empresa prove ganhos de eficiência-concedendo vantagens ao consumidor e não eliminando a concorrência.³⁶

2.7. Afetação do comércio entre os Estados Membros

O art.102.º estabelece ainda o seu âmbito de aplicação- a posição dominante em causa tem que afectar pelo menos uma parte substancial do mercado interno.

Segundo a Comissão, “De acordo com o critério de base desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, a noção de «susceptível de afectar» implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros”.³⁷

2.8. Consequências da infração do artigo 102.º TFUE

Verificados os requisitos acima mencionados e, portanto, comprovada a existência de um abuso de posição dominante, a Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas coimas e ordenar que cessem o abuso cometido.

“Para o efeito, a Comissão pode impor-lhes soluções de conduta ou de carácter estrutural proporcionadas à infracção cometida e necessárias para pôr efectivamente termo à infracção. As soluções de carácter estrutural só podem ser impostas quando não houver qualquer solução de conduta igualmente eficaz ou quando qualquer solução de conduta igualmente eficaz for mais onerosa para a empresa do que a solução de carácter estrutural. Quando exista um interesse legítimo, a Comissão pode também declarar verificada a existência de uma infracção que já tenha cessado.”³⁸

As soluções de conduta (*behavioural remedies*) podem concretizar-se em soluções negativas, pedindo que cessem uma determinada conduta, ou em soluções positivas, pedindo que concretizem determinada conduta.³⁹

³⁶ Ibidem. pt. 29 e ss.

³⁷ Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.o e 82.o do Tratado, (2004/C 101/07), pt.23.

³⁸Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, art.7.º.

³⁹ Wish, Richard, Bailey, David, *op. cit.*, p.261.

Em relação às condições para aplicação de coima: “Na determinação do montante da coima, interessam o a gravidade e a duração da infracção.”⁴⁰

⁴⁰ Regulamento (CE) n.º 1/2003, art.23.º.

3. O Direito da Concorrência nos Mercados Digitais

Hoje em dia vivemos aquilo a que se chama de era digital, particularmente devido ao aparecimento de algumas empresas consideradas verdadeiros gigantes tecnológicos como a Google, a Amazon, o Facebook e a Apple. Estas empresas, pelo tipo de mercados em que operam, têm levado a que, um pouco por todo o mundo, se levantem dúvidas em relação à regulação dos mesmos e das próprias condutas empresariais nesse meio.

No seio dos mercados digitais encontramos os mercados de dois lados ou ‘multi-sided markets’. Estes, para além de um elevado nível de inovação, dinâmica e rapidez, apresentam características muito próprias e distintas (nomeadamente a existência de vários grupos independentes, mas que interagem entre si) em relação ao que podemos apelidar de mercado tradicional caracterizado por ser *one-sided*.

Como escreve Lamadrid⁴¹, temos de considerar essa interação entre esses grupos bem como a reacção dos mesmos a um movimento da plataforma e como a plataforma irá reagir aos movimentos dos grupos. Para o autor, para além da dualidade evidente destes mercados (os efeitos das práticas comerciais são sentidos por múltiplas partes do mercado), existe ainda um segundo elemento a ter em conta: as práticas das plataformas que podem levar à restrição da concorrência são as mesmas que podem conceder benefícios aos consumidores.

“Isto significa que as vantagens aumentam quando a plataforma ou intermediário consegue alcançar uma quantidade crítica de utilizadores e equilibra e otimiza os efeitos de rede (na maioria das vezes recorrendo a preços assimétricos, exclusividade ou subordinação, entre outras estratégias possíveis). Por outro lado, no entanto, atendendo à escala necessária isto pode implicar privar as plataformas concorrentes da massa crítica que eles necessitam, podendo levar à sua exclusão do Mercado.”⁴²

Por outro lado, e como escrevem Crémer, Montjoye e Schweitzer⁴³, para além das *network externalities*, o papel da *data* revela-se cada vez mais fundamental nestes mercados,

⁴¹ Pablo, Alfonso Lamadrid de, *The double duality of two-sided markets*, transcript of the authors’ intervention at the Swedish Competition Authority’s 2014, Pros and Cons Conference in Stockholm.

⁴² Tradução nossa de: “This means that advantages arise when a platform or intermediary manages to attain a critical mass of users, and balances and optimizes the network effects (often by resorting to asymmetric pricing, exclusivity and/or tying, among other possible strategies). On the other side, however, attaining the necessary scale may very well imply depriving competing platforms of the critical mass they need, thus leading to their exclusion from the market.”, Ibidem.

⁴³ Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de, Schweitzer, Heike, *Competition policy for the digital era*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, consult. em 03/OUT/2019.

representando um elemento chave na Inteligência Artificial. Como tal “(...) a possibilidade em utilizar *data* para desenvolver serviços e produtos novos e inovadores é um parâmetro competitivo cuja relevância continuará a aumentar”.⁴⁴

O primeiro grande caso envolvendo este tipo de mercado surgiu com a Microsoft⁴⁵ em 1994 e desde então vários estudos têm surgido acerca do tema. Questionava-se, e ainda se questiona, a necessidade ou não de novas legislações a nível da concorrência para responder às dificuldades levantadas pela realidade da nova economia. Já no ano 2000 Posner⁴⁶ escrevia que existia um problema a nível institucional (não a nível doutrinal) na aplicação do direito da concorrência à nova economia. Nova economia, que para o autor, se divide em 3 indústrias, sendo a ‘*Internet-based business*’ uma delas. Shapiro também escrevia que não havia necessidade de se alterar fundamentalmente as teorias económicas apesar de já não podermos basearmo-nos no modelo clássico da concorrência perfeita.

“Felizmente, a história pode continuar a ser o nosso guia, tanto para a estratégia de negócio como para a política da concorrência. (...) Apenas houve uma troca de ênfase, enquanto as redes, interconexão, compatibilidade, interfaces e direitos de propriedade intelectual tornam-se cada vez mais fontes importantes de danos concorrenciais.”⁴⁷

Recentemente Crémer, Montjoye e Schweitzer consideraram adequadas aos mercados digitais as regras de Direito Europeu da Concorrência não obstante haver a necessidade da sua adaptação:

“Estamos convictos que o quadro legal básico do direito da concorrência, como incorporado nos artigos 101.º e 102.º TFUE, continua a fornecer uma base sólida e suficientemente flexível para a proteção da concorrência na era digital.(...) As especificidades das plataformas, dos ecossistemas digitais e da economia de *data* requerem a adaptação e refinamento de conceitos, doutrinas e metodologias bem como da própria aplicação da lei da concorrência.”⁴⁸

⁴⁴ Tradução nossa de: “(...)the ability to use data to develop new, innovative services and products is a competitive parameter whose relevance will continue to increase.”, Ibidem, p.29.

⁴⁵ Decisão da Comissão Europeia, COMP/C-3/37.792.

⁴⁶ Posner, Richard A., *Antitrust in the New Economy*, (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 106, 2000).

⁴⁷ Tradução nossa de: “Fortunately, history can still be our guide, both to business strategy and to competition policy. (...) There has merely been a shift in emphasis, as networks, interconnection, compatibility, interfaces, and intellectual property rights have become increasingly important sources of competitive advantages.”, Shapiro, Carl, *Competition in the information economy*, Competition Policy Analysis, Edited by Einar Hope, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/comppolicy.pdf>, consult. em 18/SET/2019

⁴⁸ Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de, Schweitzer, Heike, *Competition policy for the digital era*, p.44, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, consult. em 03/OUT/2019.

Como afirmam Colomo e Stefano, há também quem considere o aumento do uso de algoritmos uma nova ameaça que requer o aprimoramento das doutrinas existentes. Para os autores não há razão para excluir os mercados digitais do alcance do direito da União Europeia: “This said, it is far from clear whether there is something truly unique about the digital world that warrants a fundamental rethink of the law as it stands.”⁴⁹ Consideram que tudo o que fora construído, ao longo dos anos, permanece não só um guia útil como uma protecção contra eventuais erros de aplicação da lei. Mencionam ainda o facto de alguns defenderem que “a eficiência e o bem-estar do consumidor são guias fracos para resolver alguns desafios emergentes no Direito da Concorrência”⁵⁰. Ora, Reyna⁵¹ afirma que, apesar de tender a considerar que um conceito de bem-estar do consumidor estritamente definido provavelmente não será útil para avaliar o impacto de práticas anti-concorrenciais nos consumidores em mercados de preço zero, não poderá haver a uma desconsideração total do mesmo. Considera que o conceito de bem-estar do consumidor precisa não só de reflectir o que apelida de dimensão factual (realidade dos consumidores) como também a dimensão normativa (permanecendo fiel à base jurídica do direito europeu da concorrência).

Já Crémer, Montjoye e Schweitzer propõem uma reduzida importância prática ao conceito de bem-estar do consumidor na economia digital e consideram que, quando se aplique este conceito, há que ter em conta as características destes mercados nos quais o preço desempenha um papel muito diferente do que nos mercados tradicionais.⁵² Para os autores, nos mercados de *zero price*, uma teoria de dano deve focar-se nos efeitos na qualidade e na inovação exactamente por não haver efeitos a nível de preço. Haverá também que ajustar o *standard of proof* tendo em conta que nestes mercados, onde há um maior grau de incerteza em relação ao futuro, há uma maior dificuldade na identificação de um alto grau de probabilidade de dano. Assim, “(...) mesmo que o dano para o consumidor não possa ser precisamente medido, as estratégias enveredadas pelas plataformas dominantes com o objetivo de reduzir a pressão concorrencial a que estão sujeitos devem ser proibidas na ausência de ganhos de bem-estar do

⁴⁹ Colomo, Pablo Ibáñez, Stefano, Gianni De, *The Challenge of Digital Markets: First, Let Us Not Forget the Lessons Learnt Over the Years*, JECLAP, Volume 9, Issue 8, Outubro 2018, pp.485–486.

⁵⁰ “It is regularly claimed that efficiency and/or consumer welfare are poor guides to address the emerging challenges for the discipline.” Ibidem.

⁵¹ Agustín Reyna, *The Shaping of a European Consumer Welfare Standard for the Digital Age*, JECLAP, Volume 10, Issue 1, Janeiro 2019, pp.1–2.

⁵² Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de, Schweitzer, Heike, *Competition policy for the digital era*, p.40, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, consult. em 04/OUT/2019.

consumidor claramente documentados”.⁵³, bastando prova de que essas estratégias potencialmente restringem a concorrência.

Assim, outra característica distinta destes mercados relaciona-se com o preço. Normalmente, em mercados *multi-sided* temos uma plataforma que cobra um preço apenas a um dos grupos de consumidores. Contudo isso não significa que a plataforma não recebe uma vantagem em troca. Aliás, recebe essa vantagem através não só das receitas provenientes da publicidade (providenciadas pelo outro grupo de utilizadores da plataforma) como também pela recolha de *data* no grupo de utilizadores que não paga. Ou seja, a atenção e a informação pessoal acabam por ser o ‘preço’ que o consumidor paga pelo serviço gratuito.⁵⁴ Isto tem levantado inúmeras questões acerca não só do valor da *Data* como também da exploração abusiva dos consumidores que na maioria das vezes mesmo lendo os Termos e Condições não percebem claramente as implicações de fornecerem os seus dados. Na maioria dos casos, a alternativa ao não fornecimento dos dados é a não utilização do serviço o que leva os consumidores a aceitarem essa partilha. “Estas assimetrias de informação são particularmente cruciais se, dado o preço zero, a privacidade estiver apenas entre algumas dimensões importantes da qualidade, que definem o valor que o consumidor obtém de um produto.”⁵⁵

Como referem Wismer e Rasek⁵⁶, o facto de a plataforma cobrar a um dos consumidores enquanto o outro grupo recebe um serviço gratuito tem gerado também algum debate no sentido de perceber se esse mercado, em que o serviço é gratuito, deve ou não ser definido como um mercado único ou pelo contrário como um mercado separado. Para os autores, o serviço ser gratuito não justifica logo a definição de um mercado separado, principalmente quando tal reflecte apenas uma estratégia de preços da empresa. Referem ainda a relevância (embora comporte alguns riscos) do comportamento dos consumidores: “Multi-homing and single-homing may both justify narrowly defined markets, but the rationale for defining markets narrowly is quite different. ‘Multi-homing’ may reflect product differences, whereas ‘single-homing’ may indicate that platforms are bottlenecks”.⁵⁷

⁵³ Tradução nossa de: “even if the consumer harm cannot be precisely measured, strategies employed by dominant platforms aimed at reducing the competitive pressure they face should be forbidden in the absence of clearly documented consumer welfare gains”, Ibidem, p.47.

⁵⁴ Ibidem, p.49.

⁵⁵ Tradução nossa de: “These information asymmetries are particularly crucial if, given the price to zero, privacy may be among only a few key dimensions of quality, which defines the value a consumer gains from a product.”, OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets*, DAF/COMP(2018)14, p.106, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf), consult. em 06/OUT/2019.

⁵⁶ Wismer, Sebastian, Rasek, Arno, *Market definition in multi-sided markets*, www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2933/FINAL&dolLanguage=En, consult. em 17/SET/2019.

⁵⁷ cf. supra, para.3.

Para Crémer, Montjoye e Schweitzer uma vez que “no mundo digital não é claro que consigamos identificar mercados bem definidos (...) nos mercados digitais menos ênfase deve ser dado à definição de mercado e maior importância deve ser atribuída a teorias do dano e à identificação de estratégias anti concorrenciais”.⁵⁸

Deste modo, concluímos que apesar de haver necessidade de uma melhor compreensão das características e dinâmica dos mercados digitais não há razão para modificar o atual Direito Europeu da Concorrência. Este, como fora já referido, permanece adequado e suficientemente flexível para poder ser aplicado aos mercados digitais.

Concordamos com Crémer, Montjoye e Schweitzer⁵⁹ no sentido de que apenas é necessária a adequação e flexibilização de conceitos a esta nova realidade. O quadro legal atual basta, mas não podemos aplicá-lo aos mercados digitais da mesma forma com que o fazemos aos mercados tradicionais porque ambos têm características distintas. Assim, é necessária uma análise caso a caso e uma adaptação do direito a esta realidade. Esta adaptação pode passar como os autores referem por atribuir maior importância aos efeitos das condutas abusivas, a parâmetros como a inovação e qualidade e menor ao preço, uma maior consideração acerca do valor da *big data* e importância ou não da privacidade, uma alteração no *standard of proof* sendo necessária prova concreta da vantagem para o consumidor no caso de condutas que restringem a concorrência.

⁵⁸ Tradução nossa de: “In the digital world, it is less clear that we can identify well-defined markets. (...)Therefore, in digital markets, less emphasis should be put on the market definition part of the analysis, and more importance attributed to the theories of harm and identification of anti-competitive strategies.”, Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de, Schweitzer, Heike, *Competition policy for the digital era*, P.51, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, consult. em 06/OUT/2019.

⁵⁹ Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de, Schweitzer, Heike, *Competition policy for the digital era*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, consult. em 06/OUT/2019.

4. Abuso de Posição Dominante nos Mercados Digitais na UE

4.1. Enquadramento

Ao longo da última década inúmeras investigações foram iniciadas a empresas suspeitas de violarem o Direito da Concorrência da UE. De maior mediaticidade foram as investigações sobre a Google, a Apple e a Amazon. Pois, para além de avultadas coimas⁶⁰, demonstra a crescente preocupação com este tipo de mercados, e conseqüentemente, com o avanço das novas tecnologias.

A Comissária Europeia para a Concorrência, Margrethe Vestager, referiu mesmo que através das regras da concorrência garantimos que as novas tecnologias tratam as pessoas de forma justa e que todos podem competir no mesmo nível- condição necessária para a inovação⁶¹.

Neste capítulo iremos abordar as três investigações enveredadas pela Comissão em relação à Google (e à sua empresa-mãe Alphabet, Inc), tendo especial à definição de mercado relevante, posição dominante, determinação do tipo de abuso e medidas correctivas aplicadas⁶².

4.2. A Saga “Google”

4.2.1 Caso Google Search (Shopping)

A 30 de novembro de 2010, a Comissão iniciou uma investigação à Google (Caso AT.39740) por suspeitas de violação do artigo 102.º TFUE. Esta teve início após várias queixas por parte de concorrentes da empresa, alegando que a Google favorecia nas suas páginas de resultados de pesquisa geral (Google Search) o seu próprio serviço de comparação de preços (Google Shopping), em detrimento dos serviços de comparação de preços dos seus concorrentes.

Em março de 2013, a Comissão informou formalmente⁶³ a Google de que as seguintes práticas da empresa poderiam estar em violação do artigo 102.ºTFUE:

⁶⁰ No total a Google fora multada em aproximadamente 9.4 biliões.

⁶¹ *The new age of corporate monopolies*, Margrethe Vestager, Ted Talks, Outubro 2017, https://www.ted.com/speakers/margrethe_vestager.

⁶² Com as devidas limitações- apenas temos acesso à primeira decisão da Comissão- Google Search-, as decisões dos dois últimos não foram tornadas públicas à data da escrita desta dissertação, apenas estão disponíveis os Comunicados de Imprensa, ver notas 76 e 80.

⁶³ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 25 de Abril 2013, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm

- Tratamento mais favorável atribuído, nas páginas de resultados de pesquisa geral da Google, a hiperligações para os serviços especializados de pesquisa da própria Google, em detrimento de hiperligações para serviços concorrentes (*Vertical Search Abuse*);
- Utilização pela Google, sem consentimento, de conteúdo original de websites de terceiros nos seus serviços de pesquisa especializada (*Content Scraping*);
- Contratos que obrigam os websites de terceiros a obter toda ou a maior parte dos seus anúncios de pesquisa do Google (*Adsense*);
- Restrições contratuais quanto à possibilidade de transferência de campanhas de publicidade online para plataformas de publicidade rivais (*Adwords*);

A Comissão, após uma longa investigação, concluiu que o comportamento da Google era abusivo pois para além de desviar o tráfego dos serviços concorrentes de comparação de preços para o seu serviço de comparação de preços (diminuindo o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da Google para os serviços concorrentes de comparação de preços e aumentando o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da Google para o seu próprio serviço de comparação de preços) é susceptível de ter, ou tem provavelmente, efeitos anti-concorrenciais nos mercados nacionais dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral⁶⁴.

Neste caso, “os mercados do produto relevantes para efeitos do presente processo são o mercado dos serviços de pesquisa geral e o mercado para os serviços de comparação de preços”⁶⁵ e “os mercados geográficos relevantes para os serviços de pesquisa geral e os serviços de comparação de preços são todos de âmbito nacional”.⁶⁶

Segundo a Comissão, desde 2007 que a Google detém uma posição dominante em cada um dos mercados nacionais para pesquisa geral no EEE, com excepção da República Checa, onde detém uma posição dominante apenas desde 2011. A posição dominante foi aferida tendo em conta as quotas de mercado da Google, a existência de barreiras à expansão e à entrada, a reduzida frequência de *multi-homing* por parte dos utilizadores, a existência de efeitos de marca e na ausência de um contrapoder por parte dos compradores.

A decisão conclui que o comportamento da Google “(...) tem o potencial de excluir os serviços concorrentes de comparação de preços, o que pode conduzir a encargos mais elevados para os

⁶⁴Resumo da Decisão da Comissão de 27 de Junho 2017, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN), consult. em 18/SET/2019.

⁶⁵ Ibidem, para.3.

⁶⁶ Ibidem, para.6.

comerciantes, a preços mais elevados para os consumidores e a uma redução da inovação. (...) é susceptível de reduzir a capacidade dos consumidores em aceder aos serviços mais relevantes de comparação de preços. (...) teria também potenciais efeitos anti-concorrenciais mesmo que os serviços de comparação de preços não constituíssem um mercado do produto relevante distinto, mas antes um segmento de um possível mercado mais amplo do produto relevante, incluindo tanto os serviços de comparação de preços como as plataformas de vendas”.⁶⁷

A investigação ficou concluída a 27 de junho de 2017, data em que a Comissão emitiu a sua decisão final aplicando uma coima no valor de €2.42 biliões e ordenando que a empresa cessasse de forma definitiva a conduta abusiva.

4.2.2 Caso Google Android

A 15 de abril de 2015 a Comissão iniciou a segunda investigação à Google (Caso T-40099) por suspeitas de violação do artigo 102.º TFUE. Desta vez, estavam em causa as práticas negociais que a empresa levava a cabo em relação ao seu sistema operativo Android.

Segundo a Comissão⁶⁸, desde 2011 que a Google impôs restrições ilegais aos fabricantes de dispositivos Android e aos operadores de redes móveis com o intuito de cimentar a sua posição dominante nas pesquisas genéricas na Internet.

Na investigação, considerou-se que os mercados de produto relevantes seriam os mercados dos serviços de pesquisa genérica na Internet, sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis inteligentes e lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android. Já os mercados geográficos relevantes seriam os mercados nacionais em todo o EEE. A posição dominante foi aferida tendo em conta a quota de mercado da Google (teria mais de 90 % de quota de mercado na maioria dos Estados-Membros do EEE) e as elevadas barreiras à entrada.

Segundo a Comissão⁶⁹ a empresa cometeria abuso de posição dominante ao:

- Associar ilegalmente as aplicações de pesquisa e de navegação da Google, oferecendo aos fabricantes as suas aplicações e serviços móveis como um pacote, impossibilitando a instalação de umas aplicações sem outras. Tal incluiria a Google Play Store, a aplicação Google Search e o programa de navegação Google Chrome;

⁶⁷ Ibidem, parágrafos 22-25.

⁶⁸ A decisão até ao momento ainda não foi tornada pública.

⁶⁹ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 18 de Julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

- Conceder incentivos financeiros a fabricantes de dispositivos e operadores de redes móveis, na condição de procederem à pré-instalação exclusiva da aplicação Google Search em todos os dispositivos com o sistema operativo Android;⁷⁰
- Impedir que os fabricantes de dispositivos utilizassem qualquer versão Android alternativa que não fosse aprovada pela Google (Android Forks). A fim de poder pré-instalar nos seus dispositivos aplicações exclusivas da Google, incluindo a Play Store e o Google Search, os fabricantes comprometiam-se a não desenvolver ou vender um único dispositivo que fosse, que funcionasse com uma ramificação Android. A Comissão constatou que esta conduta era abusiva a partir de 2011, data a partir da qual a Google passou a deter uma posição dominante no mercado das lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android.

A 18 de julho de 2018, a Comissão emitiu a sua decisão final (ainda não tornada pública) e aplicou à empresa uma coima no valor de €4 342 865 000 bilhões bem como ordenou a cessação de forma definitiva a conduta abusiva.

4.2.3 Caso Google AdSense

No âmbito da primeira investigação à gigante tecnológica⁷¹, a Comissão iniciou uma outra investigação (Caso T-40411) por considerar que a empresa abusara da sua posição dominante ao restringir a possibilidade de websites terceiros fazerem publicidade online dos concorrentes da Google nas páginas de resultados de pesquisas.

A Google tem uma plataforma, a Google AdSense for Search, através da qual atua como intermediária, entre anunciantes e proprietários de Websites com espaço disponível nas suas páginas de resultados de pesquisa.

Segundo a Comissão, desde 2006 e tendo em conta as quotas de mercado da Google⁷², a Google detém uma posição dominante no mercado da intermediação de publicidade associada às pesquisas em linha no EEE.

Este mercado caracteriza-se por “elevadas barreiras à entrada, que incluem investimentos iniciais e contínuos muito significativos, os quais são necessários para desenvolver e manter

⁷⁰ A Comissão considerou ilegal a conduta da Google entre 2011 e 2014. Em 2013, a Google começou a suprimir gradualmente o requisito. A prática ilegal cessou de forma efetiva a partir de 2014.

⁷¹ Caso AT.39740, Google Search.

⁷² As quais excederam 85 % na maior parte do período.

uma tecnologia de pesquisa geral, uma plataforma de publicidade nas páginas de resultados das pesquisas e uma carteira de editores e anunciantes suficientemente ampla”.⁷³

A empresa norte-americana viola o art.102.º TFUE uma vez que:

- Em 2006, incluiu cláusulas de exclusividade nos contratos com editores proibindo-os de colocar anúncios de pesquisa de concorrentes nas suas páginas de resultados de pesquisa. A partir de 2009 essas cláusulas começaram a ser substituídas pelas cláusulas de *Premium Placements* exigindo que os editores reservassem o espaço mais rentável nas suas páginas de resultados de pesquisa para os anúncios da Google (anúncios que tinham um número mínimo a ser respeitado).
- A partir de março de 2009, a Google começou a exigir aos editores, através de cláusulas, a obtenção da sua prévia aprovação escrita antes de alterarem a forma como exibiam a publicidade de anunciantes concorrentes.

“Empresas que competem no mercado da publicidade associada às pesquisas em linha, como a Microsoft e a Yahoo, não podem vender espaço publicitário nas páginas de resultados do motor de pesquisa da Google. Em consequência, os sítios Web de terceiros representam um importante ponto de entrada para outros fornecedores de serviços de intermediação de publicidade associada às pesquisas em linha reforçarem a sua atividade e tentarem competir com a Google.”⁷⁴

A investigação terminou a 20 de março de 2019, data em que a Comissão aplicou uma coima no valor de €1 494 459 000 correspondente a 1,29 % do volume de negócios da empresa em 2018.

4.3. As dificuldades na aplicação do art.102.º TFUE aos mercados digitais

Os três casos referidos levantaram inúmeras críticas na doutrina quanto à fundamentação utilizada para comprovar a existência de um Abuso de Posição Dominante.

Iremos analisar os pontos mais críticos das decisões, começando pela análise crítica da definição de Mercado Relevante.

⁷³Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 20 de março de 2019, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

⁷⁴ Ibidem.

4.3.1 Definição de Mercado Relevante e Posição Dominante

Começamos com a decisão do caso Google Search.

Tal como já tínhamos referido, o primeiro passo na aferição da existência ou não de uma posição dominante passa pela definição de mercado relevante.

A Comissão definiu o mercado relevante a partir da substituíbilidade do lado da procura, o que, como explica Sousa Ferro⁷⁵ parece ser a sua preferência. Assim considerou como mercado relevante o mercado dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral, excluindo desta forma o mercado das plataformas de vendas digitais. Estas não concorrem com o serviço de comparação de preços da Google, antes tendo com ele uma relação vertical.

Concordamos, no sentido de que no próprio Google Shopping podem surgir essas plataformas de vendas, apenas não é permitido outros serviços de comparação de preços. Aliás, na Decisão é explicado que os serviços de Comparação de preços são serviços que “(i) permitem que os utilizadores procurem produto e comparem os seus preços e características entre ofertas de vários e diferentes vendedores online (online merchants) e de plataformas de venda (online marketplaces); e (ii) disponibilizam ligações que levam (directamente ou via uma ou mais sucessivas páginas intermédias) aos websites desses vendedores ou dessas plataformas de vendas”⁷⁶. Assim, e atendendo às características e utilização dos serviços de pesquisa geral e de comparação de preços, consideramos correta esta definição de mercado relevante.

Já no caso Google Android, o mercado relevante, tal como explicitado no Comunicado⁷⁷, é o mercado dos serviços de pesquisa genérica na Internet, sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis inteligentes e lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android.

⁷⁵ Ferro, Miguel Sousa, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência-Teoria e Prática*, Almedina, 2015, p.370. Para o autor esta é uma interpretação errónea já que atendendo à leitura da própria Comunicação sobre a Definição de Mercados conjuntamente com a jurisprudência e uma leitura harmoniosa dos seus princípios, concluímos apenas que, a substituíbilidade do lado da oferta tem sempre que ser ponderada, sendo esta um elemento essencial, condicionador imediato da concorrência no mercado.

⁷⁶Tradução nossa de: “Comparison shopping services are specialized search services that: (i) allow users to search for products and compare their prices and characteristics across the offers of several different online retailers (also referred to as online merchants) and merchant platforms (also referred to as online marketplaces); and (ii) provide links that lead (directly or via one or more successive intermediary pages) to the websites of such online retailers or merchant platforms”, Decisão da Comissão de 27 de Junho de 2017, AT.39740 - Google Search (Shopping), para. 191.

⁷⁷Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 18 de Julho 2018, disponível em https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

Quanto ao primeiro, segue a definição concluída na decisão Google Shopping. Contudo, e como ressalva Akman⁷⁸:

“Leva a parecer que o Google Search App e o Google Search são a mesma e uma única coisa, e que os computadores e os dispositivos móveis são equivalentes (ou substituíveis). Esta última consideração pode ter implicações noutros casos, nomeadamente o recurso em andamento da decisão Google Shopping no qual a Comissão considerou que as aplicações para dispositivos móveis não são uma alternativa viável para substituir o tráfego de pesquisa genérica proveniente das páginas de resultado de pesquisa geral da Google.”

Já o mercado dos sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis, apesar de a Google tentar demonstrar que a Apple faria parte deste mercado, não conseguiu, e a Comissão indica que a Apple nem está presente neste mercado: “O Android é diferente dos sistemas operativos utilizados exclusivamente por empresas verticalmente integradas (como o iOS da Apple ou o Blackberry); (...) estes não estão disponíveis para serem licenciados por fabricantes terceiros de dispositivos”.⁷⁹

A Comissão procedeu ainda à verificação da possibilidade da concorrência a nível dos utilizadores finais (a jusante/*downstream*), em especial entre dispositivos Apple e dispositivos Android, indirectamente condicionar o poder de mercado da Google a nível do licenciamento do sistema Android aos fabricantes de dispositivos (a montante/*upstream*).

“A Comissão concluiu que esta concorrência não condiciona suficientemente a Google a montante (...).”⁸⁰ Fê-lo tendo em conta apenas a substituíbilidade do lado da procura. Concordamos com Pinar Akman⁸¹ ao ressaltar que a rejeição da Apple como potencial concorrente ‘a montante’ apenas tendo em conta características da concorrência a nível dos utilizadores finais levaria a uma definição de Mercado Relevante problemática. Isto porque considerando o poder de mercado da Google a nível dos fabricantes de dispositivos teríamos

⁷⁸ Tradução nossa de: “The Google Search App and Google Search engine appear to be one and the same thing, and desktop and mobile devices are equivalent (or substitutable). Finding mobile and desktop devices to be equivalent to one another may have implications for other cases including the ongoing appeal in Google Shopping where, for example, the Commission found that “[m]obile [apps] are not a viable alternative for replacing generic search traffic from Google’s general search results pages” for comparison shopping services.” Akman, Pinar, *Will the European Commission’s Google Android Decision Benefit Consumers?*, 19 de Julho de 2019, <https://truthonthemarket.com/2018/07/19/will-the-european-commissions-google-android-decision-benefit-consumers/>, consult. em 15/SET/2019.

⁷⁹ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 18 de julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Akman, Pinar, *A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Android Decision*, CPI Antitrust Chronicle, Dezembro 2018, p.20, https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/12/AC_December.pdf, consult. em 15/SET/2019.

que ter indícios de que a Apple não poderia licenciar o seu sistema operativo a fabricantes de dispositivos terceiros, e só assim esta não restringiria o poder de mercado da Google.

Em relação ao mercado das lojas de aplicações para o sistema operativo móvel Android, a Comissão concluiu que também este não está limitado pela loja de aplicações da Apple (disponível apenas em dispositivos iOS).

De salientar que a Comissão concluiu que a Play Store representa mais de 90% das aplicações descarregadas em dispositivos com o sistema operativo Android e que este mercado apresenta elevadas barreiras à entrada.

No caso Google AdSense, o mercado relevante definido foi o da intermediação de publicidade associada às pesquisas em linha. Dito isto, notamos desde logo o afastamento em relação ao sucedido nos casos precedentes. Isto é, já não importa a posição dominante da empresa no mercado dos serviços de pesquisa geral.

Recordemos que no caso Google Shopping, uma das alegações iniciais contra a Google⁸² é precisamente o objeto deste caso.

Aqui estavam em causa os acordos de exclusividade que a empresa realizava com websites de terceiros obrigando-os a obter todos os seus anúncios através da Google, pela plataforma AdSense. Antes de a Comissão iniciar esta investigação, Nazzini⁸³ já concluía que o suposto abuso do AdSense for Search teria que ser definido tendo em conta os mercados de publicidade em linha. Referia até que a posição dominante tinha que ser estabelecida em um ou mais mercados mencionando a tripla repartição destes mercados que a Comissão fizera no Caso Google/Double Click⁸⁴. Um desses seria o mercado da intermediação da publicidade, o que no presente caso foi o adequado.

Segundo a Comissão, tendo em conta as elevadas quotas de mercado da Google (que excederam os 85% pela maior parte do período em causa) o mercado caracteriza-se por elevadas barreiras à entrada, nomeadamente necessidade de investimentos elevados indispensáveis ao desenvolvimento e manutenção deste tipo de tecnologia, para além de uma vasta rede de editores e anunciantes (sendo que quanto maior o número destes melhor qualidade e maior receita é feita).

Atendendo às características dos produtos/serviços e à sua utilização por parte dos consumidores conseguimos aplicar o atual Direito Europeu da Concorrência aos mercados

⁸²Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas 25 de Abril de 2013, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm, consult. em 18/SET/2019.

⁸³ Nazzini, Renato, Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102, JECLAP, Vol.6, Issue 5, 2015, pp.301-314.

⁸⁴ Ibidem, p.305.

digitais nestes casos. Concordamos com as definições de mercado relevantes nas Decisões ressaltando, como já mencionado, o caso Google Android na definição de mercado dos sistemas operativos licenciáveis para dispositivos móveis. Percebemos, no entanto, que definir o mercado relevante neste meio é difícil pois nem sempre é possível delimitá-lo com clareza. Devido às características destes mercados (nomeadamente a rapidez com que evoluem, o ‘zero price’ e no caso das plataformas a interdependência entre vários mercados) deverá aceitar-se que uma definição precisa de mercado nos mercados digitais pode não ser possível sendo necessária, portanto, uma adaptação do Direito.

4.3.2. Determinação do Tipo de Abuso

Quanto aos abusos identificados pela Comissão, consideramos que, entre os três casos, o primeiro foi o mais controverso. Para Aurelien Portuese:

“Nenhuma infração ao direito da concorrência actual ajudou claramente a Comissão na sua ambição de multar a Google: apenas o recurso a duvidosos princípios reguladores disfarçados (II) e o equívoco da autopromoção em estratégias orientadas por algoritmos (III) permitiram à Comissão impor uma multa que impede a inovação.”⁸⁵

Uma das principais críticas prende-se com a própria definição de abuso. Na decisão apenas se refere que o favorecimento que a Google dá nas suas páginas de resultados de pesquisa geral, ao posicionamento e à visualização do seu próprio serviço de comparação de preços em detrimento dos serviços concorrentes de comparação de preços, constitui abuso. Estamos perante aquilo a que chama “*leveraging abuse*”.

Como explicado essa conduta:

“i) desvia o tráfego dos serviços concorrentes de comparação de preços para o serviço de comparação de preços da própria Google, no sentido em que diminui o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da Google para os serviços concorrentes de comparação de preços e aumenta o tráfego das páginas de resultados de pesquisa geral da Google para o seu próprio serviço de comparação de

⁸⁵ Tradução nossa de: “No current antitrust infringement has clearly helped the Commission in its ambition of fining Google: only recourse to dubious regulatory principles in disguise (II) and the misconception of self-promotion in algorithm-driven strategies (III) have enabled the Commission to impose an innovation-detering fine.” Portuese, Aurelien, *When demotion is Competition: Algorithmic Antitrust Illustrated*, 17 de Janeiro 2018, <https://aurelienportuese.com/2018/01/17/when-demotion-is-competition-algorithmic-antitrust-illustrated/> consult. em 18/SET/2019

preços; e ii) é susceptível de ter, ou tem provavelmente, efeitos anti-concorrenciais nos mercados nacionais dos serviços de comparação de preços e dos serviços de pesquisa geral.”⁸⁶

Como salienta Nazzini⁸⁷, “segundo jurisprudência constante para que a conduta seja abusiva basta inserir-se na proibição geral do artigo 102.º, que proíbe qualquer tipo de abuso”. Akman⁸⁸ considera que, por não haver precedente a nível jurisprudencial acerca deste tipo de “*leveraging abuse*”, a Comissão não deveria ter aplicado uma coima à empresa, pois que não está garantido um certo nível de segurança jurídica no sentido em que a empresa não saberia que aquele comportamento era contrário às normas de direito da concorrência. Para além do mais considera que a Comissão não é completamente clara na definição do abuso em causa.⁸⁹

Outra questão discutida, e controversa, em relação a este caso, passa por considerar o Google Search Engine como uma infraestrutura essencial e considerar estas práticas das Google como uma recusa a contratar.

Na opinião de Aurelien Portuese, a Comissão acaba por atribuir ao motor de pesquisa da Google o estatuto de plataforma essencial⁹⁰, levando a crer que é o único utilizado pelos consumidores para acederem à Internet. Mas tal revela-se contrário à realidade. Como afirmam Bork e Sidak⁹¹ nenhum motor de pesquisa pode ser ‘a porta de entrada para a Internet’ até porque para além de existirem outros motores de pesquisa, os utilizadores podem ir diretamente para websites sem necessidade de um motor de pesquisa.

O primeiro caso em que se referiu pela primeira vez esta teoria foi o caso Sealink⁹². Em relação a este assunto, o Advogado-Geral Jacobs na Opinião⁹³ do caso Bronner⁹⁴ salientou que não pode ser esquecida a liberdade das empresas em escolher os seus parceiros contratuais e portanto uma eventual limitação dessa liberdade requer uma ponderação rigorosa, já que se trata de uma liberdade fundamental e de um direito à propriedade privada, para além de que o

⁸⁶ Resumo da Decisão da Comissão de 27 de Junho 2017, para.10, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN), consult. em 18/SET/2019.

⁸⁷ Tradução nossa de: “The case law makes it clear that, for the conduct to be abusive, it is sufficient that it is caught by the general prohibition of Article 102, which proscribes any abuse of dominant position.” Nazzini, Renato, Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102, JECLAP, Vol.6, Issue 5, 2015, pp.305-306.

⁸⁸ Akman, Pinar, *A Preliminary Assessment of the European Commission’s Google Search Decision*, CPI Antitrust Chronicle, Setembro de 2017, p.2.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Portuese, Aurelien, *When demotion is Competition: Algorithmic Antitrust Illustrated*, 17 de Janeiro 2018, <https://aurelienportuese.com/2018/01/17/when-demotion-is-competition-algorithmic-antitrust-illustrated/> consult. em 18/SET/2019

⁹¹ Bork, Robert H., Sidak, J. Gregory, *What does the Chicago School teach about Internet Search and the Antitrust treatment of Google*, JCLE, Vol.8, Issue 4, Dezembro 2012, p.669.

⁹² Caso 94/19/CE, Decisão da Comissão, 21 de Dezembro 1993, para.66.

⁹³ Conclusões do Advogado-Geral F. G. Jacobs, 28 de Maio de 1998, Processo C-7/97.

⁹⁴ Caso C-7/97, Acórdão Bronner.

principal objetivo do artigo passa por impedir distorções da concorrência, bem como proteger os interesses dos consumidores ao invés de proteger a posição de certos concorrentes.

Neste Acórdão, o Tribunal viria a fixar três requisitos cumulativos para a recusa a contratar constituir abuso: averiguar se estamos perante uma infraestrutura essencial, não haver justificação objectiva para a recusa e houver eliminação da concorrência.⁹⁵ Devemos referir ainda um quarto requisito que havia sido estipulado no Acórdão anterior- caso Magill⁹⁶- deve haver um impedimento ao aparecimento de um novo produto.⁹⁷ O caso Magill foi o primeiro em que esta teoria fora aplicada ao direito de propriedade intelectual.⁹⁸

Um outro caso de interesse acerca desta teoria é o da Microsoft⁹⁹ em que o Tribunal confirmou os critérios estabelecidos no caso Magill.

Ora, como afirma Aurelin Portuese conceber o motor de pesquisa da Google como indispensável: “(...) is both economically wrong and competitively flawed”, pois o motor de pesquisa da Google não é único nem absolutamente necessário bem como a empresa não recusou efectivamente referir os serviços de compras concorrentes, apenas aumentou os custos para estes através da manipulação de algoritmos.¹⁰⁰

A Comissária Vestager declarou que com esta conduta a Google “(...)Negou a outras empresas a possibilidade de competir com base nos seus méritos e de inovar. Mais importante ainda, negou aos consumidores europeus uma escolha genuína de serviços e a possibilidade de tirar pleno partido dos benefícios da inovação”.¹⁰¹

Certo é que o artigo 102.º TFUE abrange quer as condutas que tenham um efeito anti - concorrencial como as condutas que tenham um objectivo anti- concorrencial.

⁹⁵ Ibidem, para. 41.

⁹⁶ Casos apensos C-241/91PeC-242/91P, Acórdão TJ 6.4.1995.

⁹⁷ Ibidem, para. 54.

⁹⁸ Pais, Sofia Oliveira, *Entre a Inovação e a Concorrência- Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p.553.

⁹⁹ Caso T- 201/04 Acórdão Microsoft (Sumário) ponto.6.

¹⁰⁰ Tradução nossa de: “Google search engine is neither unique nor absolutely necessary (alternative search engines exist) to online shopping services (alternative selling services exist such as mobile applications and websites). Furthermore, having not refused to reference rival shopping services (and therefore no refusal to deal can be evidence), Google has only increased the costs of rival shopping services via algorithm-driven strategies.” Portuese, Aurelien, *When demotion is Competition: Algorithmic Antitrust Illustrated*, 17 de Janeiro 2018, <https://aurelienportuese.com/2018/01/17/when-demotion-is-competition-algorithmic-antitrust-illustrated/> consult. em 18/SET/2019.

¹⁰¹ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas 27 de Junho 2017, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

“(…)Efectivamente, se se demonstrar que o objectivo prosseguido pelo comportamento de uma empresa em posição dominante é restringir a concorrência, este comportamento é também susceptível de ter tal efeito.”¹⁰²

Assim, o favorecimento que a Google atribui nas suas páginas de resultados de pesquisa ao seu serviço de comparação de preços teve como efeito a restrição da concorrência. No entanto, e como refere Hoppner¹⁰³, este abuso não se foca na autopromoção dos seus serviços-este demonstra apenas a conduta pela qual a empresa estendeu a sua posição dominante no mercado dos serviços de pesquisa geral para o mercado dos serviços de comparação de preços.

No caso Google Android, e como Vestager afirmou, a Google impôs três tipos de restrições aos fabricantes de dispositivos móveis Android e aos operadores de redes para garantir que o tráfego dos dispositivos Android iria para o motor de pesquisa da Google. Deste modo, a Google usou o sistema Android para cimentar a posição dominante do seu motor de pesquisa. Portanto, e no seguimento do caso anterior, há um “*leveraging abuse*”, feito desta vez, através de cláusulas de subordinação e vendas em pacote¹⁰⁴.

Vejamos, a Comissão refere que a Google abusa da sua posição dominante ao exigir aos fabricantes de dispositivos móveis que pré-instalassem a aplicação de pesquisa Google Search e a aplicação de navegação (Chrome) como condição para a concessão de licenças da sua loja de aplicações (Play Store). Indica ainda que, a Google fez pagamentos a alguns fabricantes de grande dimensão e a operadores de redes móveis para que pré-instalassem, em exclusividade, a aplicação Google Search nos seus dispositivos. Nisto podemos argumentar que os consumidores são inteiramente livres de descarregar outras aplicações, mas segundo a Comissão, “A pré-instalação pode criar uma preferência pelo *status quo*. É provável que os utilizadores que encontrem as aplicações de pesquisa e de navegação pré-instaladas nos seus dispositivos se mantenham fiéis a essas aplicações”.¹⁰⁵

Como Edelman¹⁰⁶ afirma, trata-se de práticas de *Tying* e *Bundling* em relação à primeira conduta abusiva. Moura e Silva¹⁰⁷ relembra que a subordinação ou *tying* encontra definição nas

¹⁰² CasoT-203/01, Acórdão Michelin, para. 241.

¹⁰³ Hoppner, Thomas, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, CoRe, 3/2017, pp. 7-11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040605, consult. em 19/SET/2019.

¹⁰⁴ Comunicado de imprensa da Comissão, Bruxelas 18 de Julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Edelman, Benjamin, Does Google Leverage Market Power through Tying and Bundling?, JCLE, Vol.11, Issue 2, Junho 2015, pp.392 e ss.

¹⁰⁷ Silva, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010, p.260.

Orientações da Comissão sobre restrições verticais¹⁰⁸, sendo o caso do consumidor poder obter junto do fornecedor o produto subordinado sem comprar o produto subordinante. Portanto trata-se no fundo de vendas ligadas. Ainda nas palavras do mesmo autor, a prática de *bundling*, ou venda em pacote, leva à compra de ambos os produtos. Podemos estar perante *bundling* puro quando o vendedor não dá sequer a oportunidade de compra separada, e neste caso, surge o *Contractual Tying*, ou podemos estar perante *bundling* misto nos quais apesar de haver possibilidade de compra separada, o preço feito pelo vendedor é inferior, sendo que o mesmo não pode ser assegurado pelos outros concorrentes no mercado.¹⁰⁹ Neste caso, o sistema operativo da Google seria o produto subordinado enquanto que o pack de aplicações da Google é o produto subordinante.

Assim há um *contractual tying* por parte da Google- uma vez que obriga aos fabricantes de dispositivos com o sistema operativo Android a vender o seu produto com as aplicações da Google, como um produto só.¹¹⁰

Recordando a decisão da Comissão no caso Microsoft¹¹¹, para verificarmos a existência de uma infracção ao art.102.º TFUE têm de estar preenchidos quatro requisitos: o produto subordinado e o produto subordinante têm de ser produtos distintos; a empresa tem que estar em posição dominante; a empresa não dá aos clientes a possibilidade de compra separada dos produtos; e há eliminação da concorrência.

A Comissão concluiu¹¹² que a “prática da Google reduziu, por conseguinte, os incentivos aos fabricantes para pré-instalarem aplicações de pesquisa e de navegação concorrentes, bem como os incentivos aos consumidores para descarregarem essas aplicações”.¹¹³

De facto, ao estabelecer um paralelismo com o caso Microsoft já referido, no qual “the tied market was actually or potentially competitive, and this was why the tying was alleged to have eliminated competition on the separate market for the tied product”¹¹⁴, percebemos que a Google subordina dois produtos, ambos fazendo parte de mercados em que já detém uma posição dominante.

¹⁰⁸ (2010/C 130/01) Orientações relativas às restrições verticais.

¹⁰⁹ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *op.cit.*, p.477.

¹¹⁰ Comunicado de imprensa da Comissão, Bruxelas 18 de Julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

¹¹¹ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *op. cit.*, p.481.

¹¹² Comunicado de imprensa da Comissão, Bruxelas 18 de Julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Akman, Pinar, *A Preliminary Assessment of the European Commission's Google Android Decision*, CPI Antitrust Chronicle, Dezembro 2018, p.19.

Já Banasevic¹¹⁵, para além de considerar que todos os requisitos se encontram preenchidos e se enquadram com a realidade, sublinha que a Google não conseguiu uma justificação objectiva para este tipo de conduta.

Aguardamos a Decisão da Comissão para esclarecermos a questão da justificação objectiva.

Quanto ao impedimento aos fabricantes que pretendessem pré-instalar as aplicações da Google, de vender algum dispositivo móvel que funcionasse com versões alternativas do Android não aprovadas pela Google (Ramificações Android/*Android Forks*). Segundo a Comissão¹¹⁶ a Google impediu o desenvolvimento de ramificações Android e, por conseguinte, impediu que outros criadores de aplicações sucedessem no mercado bem como diminuiu a possibilidade de escolha por parte dos consumidores. Ou seja, restringiu a concorrência.

“(...)a conduta da Google tem tido um impacto direto nos utilizadores, negando-lhes o acesso a uma maior inovação e a dispositivos móveis inteligentes baseados em versões alternativas do sistema operativo Android. Por outras palavras, em resultado desta prática, era a Google — e não os utilizadores, os criadores de aplicações e o mercado — que efectivamente determinava quais os sistemas operativos que poderiam prosperar.”¹¹⁷

Esta consideração é uma novidade¹¹⁸. A Google alegou que estas restrições eram necessárias para impedir uma «fragmentação» do ecossistema Android.

Percebemos que sem dúvida, o desenvolvimento de ramificações Android sem controlo pode levar à emergência nomeadamente de falhas na qualidade, compatibilidade entre aplicações. Não obstante a Google ter apresentado esta justificação, a Comissão considerou não convincente.

Como Simonetta¹¹⁹ afirma, esta justificação da Google pode ir ao encontro dos mais recentes pensamentos económicos, no sentido em que a plataforma de Código Aberto (*Open Source*) Android insere-se na categoria de *multi-sided business*, onde externalidades desempenham um papel importante. Segundo a autora, “the economics of two-sided markets

¹¹⁵ Banasevic, Nicholas, *The European Commission's Android Decision and Broader Lessons for Article 102 Enforcement*, CPI Antitrust Chronicle, Dezembro 2018, pp.14-15.

¹¹⁶ Comunicado de imprensa da Comissão, Bruxelas 18 de Julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ “It is the first time that the EU competition enforcer decides that a forking restriction imposed by a dominant undertaking is a stand-alone anticompetitive practice.” Vezzoso, Simonetta, *Android and Forking Restrictions: On the Hidden Closedness of “Open”*, MCLR, Vol.2, Issue 2, Outubro 2018, p.30.

¹¹⁹ Ibidem, p.35.

provides strong support for a presumption (“screen”) in competition law that platform governance systems are efficient and procompetitive”. Assim, considera que cabe à autoridade da concorrência o ónus de demonstrar que a prática a ser investigada não tem como objectivo restringir as externalidades negativas e promover as positivas.¹²⁰

Como no comunicado tal não é desenvolvido aguardamos a decisão da comissão para perceber o porquê destas justificações por parte da Google não terem sido aceites.

Quanto ao abuso identificado no caso Google Adsense, há um afastamento do que fora identificado nos dois casos anteriores. Neste, já não há um ‘*leveraging abuse*’, mas duas cláusulas contratuais: a obrigação de fornecimento exclusivo e a estratégia da *relaxed exclusivity*¹²¹.

A Comissão concluiu, “Com base num vasto leque de elementos de prova, que o comportamento da Google prejudicou a concorrência e os consumidores e asfixiou a inovação. Os concorrentes da Google foram impedidos de desenvolver e oferecer serviços de intermediação de publicidade associada às pesquisas em linha alternativos aos da Google. Consequentemente, os proprietários de sítios Web viram limitadas as suas opções para a comercialização de espaços nesses sítios Web e foram forçados a recorrer quase exclusivamente à Google”.¹²²

As obrigações de compra exclusiva podem ser analisadas ao abrigo não só do art.101.º como também do art.102.º TFUE. Como relembra Moura e Silva¹²³, no caso Van den Bergh Foods, a Comissão aplicou simultaneamente o art.101.º, nº1 do TFUE e o art. 102.º do TFUE. Neste caso aplica-se o art.102.º apenas e, ao abrigo deste, estas obrigações revelam que o comprador fica impedido de comprar produtos de qualquer outro que não seja a empresa dominante. Na Orientação¹²⁴ é esclarecido que: “Uma empresa dominante pode tentar excluir empresas concorrentes impedindo-as de vender a clientes através da utilização de acordos exclusivos de descontos ou de obrigação de compra, práticas denominadas em conjunto como acordos exclusivos. (..) Uma obrigação de compra exclusiva exige que um cliente num determinado mercado compre produtos, exclusivamente ou em grande parte, apenas a uma empresa dominante. Outras obrigações como a obrigação de armazenagem, que pareçam não ser um acordo de compra exclusiva propriamente dito, podem na prática produzir o mesmo efeito”.

Ainda “(...) Ao aplicar estas mesmas condições, a Comissão analisará as provas que demonstram que os acordos de venda exclusiva beneficiam clientes específicos, se estes acordos forem necessários

¹²⁰ Ibidem, p.39.

¹²¹ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas 20 de março 2019, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

¹²² Ibidem.

¹²³ Silva, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p.957.

¹²⁴ (2009/C 45/02) Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

para que a empresa dominante realize determinados investimentos específicos a essa relação, por forma a estar em condições de abastecer esses clientes.”¹²⁵

Cabe à empresa dominante, demonstrar, portanto, que o efeito de exclusão pode ser contrabalançado pelos ganhos de eficiência, que por sua vez também beneficiam os consumidores.¹²⁶

Aurelin Portuese considera que a Comissão poderá nem sequer ter considerado correctamente os ganhos de eficiência. Para o autor:

“Seja através dos “exclusive placements” ou “premium placements” os resultados de pesquisa de publicidade são a condição necessária para a viabilidade do negócio em modelo “two-sided” no qual os clientes (publicitários/anunciantes da Google ou dos seus rivais) são selecionados discricionariamente para fornecer serviços gratuitos (barra de ferramentas de pesquisa nos websites de terceiros). Este modelo de negócio não levantará problemas a nível de direito da concorrência enquanto as barras de ferramentas de pesquisa de concorrentes estiverem disponíveis para websites de terceiros (...).”¹²⁷

Através das cláusulas impostas tal não era possível, porque pelo que a Comissão refere, a Google impedia os concorrentes de colocarem anúncios nas páginas de resultados de pesquisa dos sítios Web comercialmente mais importantes e com a estratégia da *relaxed exclusivity*, reservou as posições mais elevadas para os seus próprios anúncios.

Apesar de estas decisões serem passíveis de críticas à fundamentação utilizada, atendendo aos factos de cada caso, consideramos as condutas enveredadas pela Google como restritivas da concorrência e, não havendo justificações objectivas claras que demonstrem efetivamente uma vantagem para o consumidor, não vemos razão para não as considerar como abusivas e, portanto, proibidas à luz do art.102.º TFUE.

Atendendo precisamente às características dos mercados digitais percebemos a escala destas plataformas bem como concluímos que há uma enorme concentração de poder económico: para estes três mercados está claro que a empresa detém uma posição dominante.

¹²⁵ Ibidem, para.46.

¹²⁶ Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *op. cit.*, p.703.

¹²⁷ Tradução nossa de: “Be it through exclusive placements or through premium placements, Google’s search advertising results are the necessary condition for the viability of the business’ two-sided model whereby customers (Google’s advertisers or the rivals’ advertisers) are selected in a discretionary manner in order to provide free services (search toolbar on third-party websites). This business model should not cause antitrust concerns as long as competing search toolbars are available for third-party websites (...).”, Portuese, Aurelien, “Google AdSense for Search: Fines Always Come in Threes”, CPI, Abril 2019, www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/04/EU-News-Column-April-2019-2-Full.pdf, consult. em 20/SET/2019.

Com essa posição dominante recai a responsabilidade especial de não adotar comportamentos que impeçam uma concorrência efectiva e não falseada. As condutas referidas, têm como efeito a restrição e eliminação da concorrência ao favorecerem o seu próprio serviço ou ao excluïrem os seus concorrentes e não apresentam qualquer justificação objectiva e clara. É necessário garantir que estes mercados se desenvolvam em condições justas, o que permite não só uma maior inovação como uma maior escolha para os consumidores. E a inovação não floresce apenas de uma empresa, pelo que se torna necessário averiguar concretamente as barreiras à entrada a novos concorrentes. Nestes casos muitas dessas barreiras são provenientes das condutas da Google. Deste modo, concordamos com as Decisões da Comissão como concluímos a possibilidade da flexibilização do Direito Europeu da Concorrência a esta realidade.

4.3.3. Medidas Correctivas

Também as medidas correctivas podem suscitar algumas questões. Como Simonetta afirma, tanto os casos Google como os casos Microsoft demonstram a necessidade de dirigir uma maior atenção à fase da reparação¹²⁸.

A autora destaca a necessidade de medidas proporcionais, na medida em que devem ser adequadas a abordar os danos em causa, o que num mercado em que a tecnologia está rapidamente a mudar não é fácil, para além de evidenciar que uma medida correctiva adequada para estes mercados é necessariamente voltada para o futuro. “In this respect, an intrinsic tension may emerge between remedies that are proportionate, or suitable, in the sense that they address the conduct that is found to be illegal, and remedies that are truly effective in restoring competition.”¹²⁹

Outro aspeto que realça prende-se com a dificuldade que, nomeadamente a Comissão, pode encontrar ao tentar criar mecanismos que garantam não só eficácia contra práticas anti concorrenciais como também o bem-estar dos consumidores.¹³⁰ No mesmo sentido: “In that regard, we urge European competition authorities to consider whether, on balance, a proposed

¹²⁸Vezzoso, Simonetta, *Android Remedies: Tearing Down the Walls*, CPI, Novembro 2018, <https://www.competitionpolicyinternational.com/android-remedies-tearing-down-the-wall/>, consul. em 20/SET/2019.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem, p.5.

remedy truly improves social welfare, or merely ameliorates a specific concern at inordinately high cost”.¹³¹

Nos três casos a Comissão ordenou que a Google cessasse a conduta abusiva e aplicou uma coima (esta tendo em conta a gravidade e duração da infracção).

Ora, de facto a Comissão não está obrigada a definir medidas concretas para as empresas seguirem. No entanto, por exemplo no caso Google Search, a Comissão informou que cabia à Google a escolha da melhor maneira para cessar o abuso ressaltando apenas que “(...) deverá sujeitar o seu serviço de comparação de preços ao mesmo processo e métodos para o posicionamento e exibição nas suas páginas de resultados de pesquisa genérica que utiliza para os serviços de comparação de preços de concorrentes”.¹³²

Partilhamos a perspetiva de Hoppner¹³³, no sentido que a medida corretiva foi adequada pois permite à Google liberdade e continuar a inovar ao mesmo tempo em que a obrigação de tratar de igual forma os concorrentes garante a reposição da situação que se vivia antes de a empresa iniciar a conduta abusiva.

Como refere Antonio Buttà, os concorrentes consideram que as medidas autopropostas pela Google poderiam ser piores do que as propostas na altura do Comissário Almunia¹³⁴. Nomeadamente, os concorrentes consideram que a medida proposta pela Google nada faz em relação à conduta levada a cabo pela empresa, relacionada com o desfavorecimento dos serviços concorrentes nos resultados de pesquisa orgânica.

A Comissária Vestager afirma que está ciente das preocupações dos rivais, mas que a competição está a melhorar¹³⁵.

No caso Google Android a Comissão exigiu que “No mínimo, a Google tem de cessar nos três tipos de práticas e não reincidir em qualquer deles. A decisão exige igualmente que a

¹³¹ AA. VV., *Why sound law and economics should guide competition policy in the digital economy- Contribution of ICLE to the European Commission's inquiry on 'shaping competition policy in the era of digitisation'*, International Center for Law&Economics, 30 Setembro 2018, p.8.

¹³²Tradução nossa de: “Should subject Google's own comparison shopping service to the same underlying processes and methods for the positioning and display in Google's general search results pages as those used for competing comparison shopping services.” Decisão da Comissão de 27 de Junho de 2017, AT.39740 - Google Search (Shopping), parágrafos 699-700.

¹³³ Hoppner, Thomas, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, CoRe, 3/2017, pp. 7-11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040605, consult. em 20/SET/2019.

¹³⁴ Buttà, Antonio, *Google Search (Shopping): an Overview of the European Commission's Antitrust Case*, Italian Antitrust Review, 2018, <http://iar.agcm.it/article/view/12872>, consult. em 20/SET/2019.

¹³⁵ “The most recent figures show at least one rival appears in about one-third of new shopping boxes as compared to 15 percent of the shopping boxes back in March.”, <https://www.reuters.com/article/us-eu-google-antitrust/eu-sees-signs-of-improvement-after-google-antitrust-shopping-case-idUSKBN1JE1SK>, consult. em 20/SET/2019.

Google se abstenha de qualquer medida que tenha um objectivo ou efeitos idênticos ou equivalentes a estas práticas”.¹³⁶

Numa publicação feita no seu blog¹³⁷, a empresa referiu as medidas que iria implementar para cumprir com a decisão da Comissão. Estas passam pela permissão aos fabricantes para licenciarem o conjunto de aplicações da Google em separado do Google Search App e do Chrome, novos acordos para a pré-instalação do Google Search e do Chrome e ainda uma promessa no sentido de no futuro os parceiros Android que quiserem distribuir aplicações da Google poderem criar dispositivos não compatíveis ou *forked* para o EEE.¹³⁸

No caso Google AdSense a Comissão referiu que “A Google cessou as práticas ilegais alguns meses depois de a Comissão ter divulgado, em julho de 2016 uma Comunicação de Objecções relativamente a este assunto. A decisão da Comissão obriga a Google, no mínimo, a pôr termo à sua conduta ilegal, na medida em que ainda não o tenha feito, e a abster-se de tomar medidas com objecto ou efeito idêntico ou equivalente”.¹³⁹

Quanto à questão da adequação destas medidas, consideramos que são proporcionais, mas de facto poderá ser necessário começar a perceber melhor, atentando nas características destes mercados, como garantir a eficácia das mesmas.

¹³⁶ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 18 de Julho 2018, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

¹³⁷ Disponível em: <https://www.blog.google/around-the-globe/google-europe/complying-ecs-android-decision/>, consult. em 21/SET/2019.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Comunicado de Imprensa da Comissão, Bruxelas, 20 de Março de 2019, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_pt.htm, consult. em 18/SET/2019.

5. A perspectiva Internacional

5.1 EUA

Em 2010 a FTC iniciou uma investigação à Google, após alegações nomeadamente pela Microsoft, Yelp e Tripadvisor de práticas anticoncorrenciais. Estas acabam por ser semelhantes às do caso Google Search: abuso da sua posição dominante no mercado da pesquisa genérica na Internet para favorecer os seus próprios produtos e serviços; favorecimento dos seus próprios serviços de anúncios à custa dos seus rivais ou mesmo a utilização de conteúdo de terceiros sem consentimento.¹⁴⁰

A 13 de janeiro de 2013 é emitida a decisão¹⁴¹. “A FTC entregou à Google uma grande vitória ao declarar, após uma investigação de quase dois anos, que a empresa não tinha violado as regras do direito antitrust na forma como organiza os seus resultados de pesquisa.”¹⁴²

Esta decisão, oposta àquela que fora emitida na UE, revela que não foram encontradas provas necessárias para demonstrar, não a afectação dos concorrentes, mas um efeito negativo sobre os consumidores e sobre o mercado como um todo.¹⁴³

Quanto à posição dominante e à definição de mercado relevante, ao contrário do que sucedeu na UE, nos EUA considerou-se que empresas como a Amazon (que as pessoas podem preferir para a pesquisa de livros ou a própria Apple (com a plataforma iTunes que pode ser preferencial para os consumidores na compra de música) integram o mesmo mercado e portanto a Google nem sequer uma posição dominante no mercado detém.

“Uma definição de Mercado mais precisa talvez incluía um leque de empresas que participam no Mercado para “targeted-eyeballs”- que oferecem qualquer tipo de produtos atractivos aos consumidores (pesquisa geral, pesquisa de produtos, redes sociais, emailing e comércio online, etc) cuja a utilização gera mais *data*, conteúdo ou acções secundárias que permitem à empresa direccionar publicidade para consumidores específicos. Enquanto, inegavelmente significativa neste mercado, a

¹⁴⁰ Mendonza, Karina Oropeza, *Antitrust in the new economy case Google Inc. against Economic Competition on Web*, Mexican Law Review, Vol.3, Issue 2, www.elsevier.es/en-revista-mexican-law-review-123-pdf-S1870057816300324, consult. em 20/SET/2019.

¹⁴¹ Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163.

¹⁴² Tradução nossa de: “The Federal Trade Commission on Thursday handed Google a major victory by declaring, after an investigation of nearly two years, that the company had not violated antitrust or anticompetition statutes in the way it arranges its Web search results”, *A Victory for Google as F.T.C. Takes No Formal Steps*, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2013/01/04/technology/google-agrees-to-changes-in-search-ending-us-antitrust-inquiry.html>, consult. em 22/SET/2019.

¹⁴³ Ibidem.

Google não é provavelmente dominante. E a Amazon- não o Bing ou qualquer outro tipo de motor de pesquisa- é talvez o seu concorrente mais significativo.”¹⁴⁴

Seguindo a perspectiva de Bork já mencionada, a Google não é a porta de entrada da Internet existindo outras opções. A conduta da Google ao manipular os algoritmos proporcionando uma pesquisa melhorada e mais segmentada (que beneficia os consumidores) leva a que outros concorrentes melhorem os seus próprios serviços através da inovação dos mesmos. Como referido na decisão:

“Enquanto a proeminente exibição pela Google dos seus próprios resultados de pesquisa verticais nas suas páginas de resultados de pesquisa tem o efeito em alguns casos de empurrar outros resultados “para baixo”, a evidência sugere que o objectivo primário da Google em introduzir o seu conteúdo foi rapidamente responder, e melhor satisfazer, às pesquisas dos seus utilizadores ao fornecer-lhes directamente informação relevante. (...) Também notamos que outros motores de pesquisa geral concorrentes adotaram muitas e similares mudanças de design, sugerindo que essas mudanças são uma melhoria na qualidade, sem conexão necessária à exclusão anti concorrencial de rivais.”¹⁴⁵

Assim, percebemos a diferença na definição de mercado relevante em relação à UE: nos EUA segue-se uma definição mais ampla de mercado o que permite incluir outras empresas que na UE não são consideradas como concorrentes. Por outro lado, isto leva a que a empresa não detenha uma posição dominante muito menos de monopólio pois com ela concorrem nomeadamente a Microsoft e Amazon. Considera-se como essencial o bem-estar do consumidor independentemente de o mercado ser afetado de outra forma. Nos EUA considerando o favorecimento da Google como sendo inovador ao adequar os resultados de pesquisa às necessidades dos consumidores este não tem um efeito negativo nos consumidores que recebem um melhor serviço (no sentido inovador e não necessariamente na qualidade) e,

¹⁴⁴ Tradução nossa de: “More accurate market definition would perhaps include the range of firms that participate in the market for “targeted eyeballs” — that offer any of a range of products attractive to consumers (general search, product search, social networking, emailing, online retailing, etc.), the use of which generate data, context, or secondary actions that enable the firm to target advertising to specific, likely consumers. While undeniably significant in this market, Google is not likely dominant. And Amazon — not Bing or any other search engine — may be its most significant competitor.”, Manne, Geoffrey A., Rinehart, William, *The Market Realities That Undermined the FTC’s Antitrust Case Against Google*, Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series, Julho 2013, <https://jolt.law.harvard.edu/assets/misc/ManneRinehart.pdf>, consult. em 20/SET/2019.

¹⁴⁵ Tradução nossa de: “While Google’s prominent display of its own vertical search results on its search results page had the effect in some cases of pushing other results “below the fold,” the evidence suggests that Google’s primary goal in introducing this content was to quickly answer, and better satisfy, its users’ search queries by providing directly relevant information.(...) We also note that other competing general search engines adopted many similar design changes, suggesting that these changes are a quality improvement with no necessary connection to the anticompetitive exclusion of rivals.”, Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163.

portanto, não se comprova um efeito negativo no mercado. Na UE como sabemos, para além de garantir que não há um prejuízo para o consumidor, recai uma responsabilidade especial sobre a empresa dominante no sentido de garantir uma concorrência efetiva no mercado que beneficiará os consumidores.

Após anos de investigações na UE culminando em três decisões contra as práticas abusivas da Google, a empresa está novamente a ser investigada nos EUA.¹⁴⁶ As investigações focam-se inicialmente em perceber se a Google é demasiado dominante no mercado de publicidade em linha e nas pesquisas na Internet.

Também inúmeros debates têm-se realizado acerca das grandes empresas da tecnologia e do cumprimento ou não pelas mesmas das regras da concorrência pelo país.

Destaque para a recente audiência¹⁴⁷ na qual Tim Wu expressou aquilo que tem vindo a defender, no sentido de que se deve olhar para o que aconteceu por exemplo com a Microsoft, porque desse caso abriram-se as portas à inovação e à concorrência, desenvolvendo dessa forma os mercados.

“Today, the 2019, the old slogan that competition is one click away seems like a bad joke. Unlike in 2008, the big firms seem in no danger of fading under the onslaught of smaller rivals. Instead (often in violation of the antitrust laws) most of those would-be rivals have been bought or effectively tamed.”¹⁴⁸

¹⁴⁶Como dá conta a CBS a 10 de setembro 2019, <https://www.cbsnews.com/news/google-antitrust-probe-48-u-s-states-launch-antitrust-investigation-of-google-dominance-in-search-ads-and-data/>, consult. em 20/SET/2019.

¹⁴⁷ Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, *Online Platforms and Market Power, Part 2: Innovation and Entrepreneurship*, 16 de Julho 2009, <https://judiciary.house.gov/legislation/hearings/online-platforms-and-market-power-part-2-innovation-and-entrepreneurship>, consult. em 22/SET/2019.

¹⁴⁸ Wu, Tim, *Where New Industries Get Their Start: Rebooting the Startup Economy*, Before the Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law U.S. House of Representatives, 16 de Julho 2019, <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20190716/109793/HHRG-116-JU05-Wstate-WuT-20190716.pdf>, consult. em 22/SET/2019.

6. Conclusão

Com esta investigação conseguimos identificar algumas das características específicas dos mercados digitais. Propusemo-nos a enquadrar as mesmas no âmbito do Direito Europeu da Concorrência de forma a perceber de que maneira este é compatível com a economia digital ou, não sendo o caso, se haverá necessidade de uma actualização do mesmo para melhor responder aos desafios da nova economia. Assim, analisamos as recentes Decisões da Comissão nos casos Google, expressivas das dificuldades que os mercados digitais levantam, nomeadamente no que ao Abuso de Posição Dominante diz respeito.

As Decisões referidas demonstraram um desafio para a Autoridade da Concorrência que concluímos ter sido bem-sucedido. Aliás, terão contribuído em muito para o início de debates deste tema de extrema importância, não só na Europa como nos EUA onde, como sabemos, o paradigma é ligeiramente diferente.

Concluimos que o quadro legal se mostra apto a resolver estas questões. Contudo concluímos também pela necessidade de uma maior flexibilização do mesmo bem como uma adequação dos conceitos e das ferramentas utilizadas. Nomeadamente na definição de mercado e na aferição da posição dominante, devendo ser atribuída maior importância aos efeitos das condutas e não às definições, à qualidade e inovação e não aos preços e, à existência de justificações objectivas que demonstrem uma verdadeira vantagem para os consumidores.

A dinâmica e realidade dos mercados digitais são bastante diferentes das dos mercados tradicionais. Torna-se necessário o aprofundamento do estudo destes mercados de forma a conseguirmos adequar os parâmetros, as metodologias e a análise tradicionais a este meio. Por outro lado, a rapidez com que estes se desenvolvem não deverá excluir ou impossibilitar a atuação das Autoridades da Concorrência. Antes, como concluímos, devem levar a uma melhor percepção e maior grau de importância atribuído à escolha das medidas correctivas, que devem ser eficazes a repor o grau de concorrência.

Surgem-nos agora outras questões como a necessidade ou não de maior transparência em relação à *big data* e a sua compatibilidade com conceitos como privacidade ou bem-estar do consumidor ou, a manipulação de algoritmos. O que denota a complexidade bem como a necessidade de mais investigação e maior aprofundamento do tema de forma a perceber a melhor forma de balancear inovação, bem-estar do consumidor e concorrência efectiva.

7. Bibliografia

7.1 Obras e Artigos

- AA. VV., *Why sound law and economics should guide competition policy in the digital economy- Contribution of ICLE to the European Commission's inquiry on 'shaping competition policy in the era of digitisation'*, International Center for Law&Economics, 30 Setembro 2018
- Agustín Reyna, *The Shaping of a European Consumer Welfare Standard for the Digital Age*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 1, Janeiro 2019
- Akman, Pinar, *A Preliminary Assessment of the European Commission's Google Android Decision*, *CPI Antitrust Chronicle*, dezembro 2018
- Akman, Pinar, *A Preliminary Assessment of the European Commission's Google Search Decision*, *CPI Antitrust Chronicle*, setembro de 2017
- Akman, Pinar, *Will the European Commission's Google Android Decision Benefit Consumers?*, 19 de julho de 2019, disponível em <https://truthonthemarket.com/2018/07/19/will-the-european-commissions-google-android-decision-benefit-consumers/>
- Banasevic, Nicholas, *The European Commission's Android Decision and Broader Lessons for Article 102 Enforcement*, *CPI Antitrust Chronicle*, dezembro 2018
- Bork, Robert H., Sidak, J. Gregory, *What does the Chicago School teach about Internet Search and the Antitrust treatment of Google*, *Journal of Competition Law&Economics*, Vol.8, Issue 4, Dezembro 2012, p.669

- Buttà, Antonio, *Google Search (Shopping): an Overview of the European Commission's Antitrust Case*, Italian Antitrust Review, 2018, disponível em: <http://iar.agcm.it/article/view/12872>
- Colomo, Pablo Ibáñez, Stefano, Gianni De, *The Challenge of Digital Markets: First, Let Us Not Forget the Lessons Learnt Over the Years*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 8, Outubro 2018, P.485–486
- Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de, Schweitzer, Heike, *Competition policy for the digital era*, disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- Edelman, Benjamin, *Does Google Leverage Market Power through Tying and Bundling?*, *Journal of Competition Law&Economics*, Vol.11, Issue 2, junho 2015, p.392 e sg.
- Ferro, Miguel Sousa, *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência- Teoria e Prática*, Almedina, 2015
- Henriques, Miguel Gorjão, *Direito da União- História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, 9ª ed
- Hoppner, Thomas, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse*, *European Competition and Regulatory Law Review*, 3/2017, p.7-11, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040605
- Jones, Alison, Sufrin, Brenda, *EU Competition Law- Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 6ª ed.
- Manne, Geoffrey A., Rinehart, William, *The Market Realities That Undermined the FTC's Antitrust Case Against Google*, *Harvard Journal of Law & Technology*

Occasional Paper Series, julho 2013, disponível em:
<https://jolt.law.harvard.edu/assets/misc/ManneRinehart.pdf>

- Mendonza, Karina Oropeza, *Antitrust in the new economy case Google Inc. against Economic Competition on Web*, Mexican Law Review, Vol.3, Issue 2, disponível em: www.elsevier.es/en-revista-mexican-law-review-123-pdf-S1870057816300324
- Nazzini, Renato, Google and the (Ever-stretching) Boundaries of Article 102, Journal of European Competition Law&Practice, Vol.6, Issue 5, 2015, p.301-314
- Nazzini, Renato, *The Foundations of European Union Competition Law- The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, 2011, p.24-45
- OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets*, DAF/COMP(2018)14, p.106, disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf)
- Pablo, Alfonso Lamadrid de, *The double duality of two-sided markets*, transcript of the authors' intervention at the Swedish Competition Authority's 2014, Pros and Cons Conference in Stockholm
- Pais, Sofia Oliveira, "Considerações de Lealdade e Equidade no Direito da Concorrência da União: breves reflexões.", in Revista da Concorrência e Regulação, 35 (2018), p. 124-127
- Pais, Sofia Oliveira, *Entre a Inovação e a Concorrência- Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011
- Pais, Sofia Oliveira, *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, 2.ª edição, p. 10
- Portuese, Aurelien, "Google AdSense for Search: Fines Always Come in Threes", CPI, abril 2019, Edited by Thibault Schrepel, Sam Sadden& Jan Roth

- Portuese, Aurelien, *When demotion is Competition: Algorithmic Antitrust Illustrated*, 17 de janeiro 2018 in 2018 in <https://aurelienportuese.com/2018/01/17/when-demotion-is-competition-algorithmic-antitrust-illustrated/>
- Posner, Richard A., *Antitrust in the New Economy*, (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 106, 2000).
- Shapiro, Carl, *Competition in the information economy*, Competition Policy Analysis, Edited by Einar Hope, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/comppolicy.pdf>
- Silva, Miguel Moura, *Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018
- Silva, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010
- Vezzoso, Simonetta, *Android and Forking Restrictions: On the Hidden Closedness of “Open”*, Market and Competition Law Review, Vol.2, Issue 2, outubro 2018
- Vezzoso, Simonetta, *Android Remedies: Tearing Down the Walls*, CPI, novembro 2018, Edited by Anna Tzanaki (Competition Policy International) & Juan Delgado (Global Economics Group)
- Wish, Richard, Bailey, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 9ª ed.
- Wismer, Sebastian, Rasek, Arno, *Market definition in multi-sided markets*, para.21 in www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2933/FINAL&docLanguage=En
- Wu, Tim, *Where New Industries Get Their Start: Rebooting the Startup Economy*, Before the Committee on the Judiciary, Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law U.S. House of Representatives, 16 de julho 2019, disponível em: <https://docs.house.gov/meetings/JU/JU05/20190716/109793/HHRG-116-JU05-Wstate-WuT-20190716.pdf>

7.2 Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 2003, *British Airways/ Comissão*, Proc. T 219/99
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways/ Comissão*, Proc. C 95/04
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, *Bronner*, Proc. C-7/97
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2000, *Compagnie maritime belge transports SA/ Comissão*, Proc. C-395/96 P e C-396/96 P
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG/ Comissão*, Proc. 85/76
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 1991, *Höfner*, Proc C 41/90
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Outubro de 1999, *Irish Sugar plc/ Comissão*, Proc. T-228/97
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de abril de 1995, *RTE e ITP/ Comissão*, Proc. C-241/91P e C-242/91P
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Michelin/Comissão*, Proc. T 203/01
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Setembro de 2007, *Microsoft/Comissão*, Proc. T 201/04
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Março de 2012, *Post Danmark A/S*, Proc. C-209/10.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Março de 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA*, Proc. C-113/07 P
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, Proc. C- 52/09
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands*, Proc. 27/76

