

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 13 – PORTIMÃO – MAIO 2021

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 13
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Data: Maio 2021
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
MARCOS EHRHARDT JR. & GABRIELA BUARQUE PEREIRA SILVA Contratos e Algoritmos: Alocação de Riscos, Discriminação e Necessidade de Supervisão por Humanos	13
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL Novos Paradigmas do Direito	43
CARLOS FRAGA Sobre a Independência e Responsabilidade dos Juízes no Liberalismo (1820-1926)	61
ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA Lugar de José Frederico Laranjo no Krausismo Jurídico Português	81
M ^a TERESA CARRANCHO HERRERO La Necesaria Protección de los Bienes Culturales Inmuebles	93
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Os Créditos compensatórios como reposição do equilíbrio entre os ex-cônjuges, em caso de divórcio	117
CATARINA SALGADO A residência alternada: melhor dos dois mundos... ou nem por isso...	135
HUGO CUNHA LANÇA Os Direitos dos Animais – efabulação ou realidade?	151
JOÃO ALMEIDA VIDAL Plataformas digitais de alojamento: uma análise luso-espanhola sob a perspectiva da responsabilidade civil	181
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, IVÁN ANTONIO RODRIGUEZ CARDÓ & DIEGO ÁLVAREZ ALONSO La prestación de trabajo a través de plataformas digitales en el sistema español: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2020	221
JOSÉ ANTÓNIO LOPES COELHO Breve apreciação sobre o desemprego atual	243
YOUNESS BENDAHMANE Entreprises : De quelques aspects des risques juridiques à l'heure du COVID	265

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES	
A Proposta da Comissão Europeia – <i>Digital Markets Act</i> : Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia	273
MARIA MIGUEL CARVALHO	
O pedido de registo de marcas «COVID»	295
ALBERTO DE SÁ E MELLO	
O direito exclusivo dos autores e as exceções a favor de bibliotecas, museus, arquivos e demais instituições culturais – Estudo de Direito Comparado dos regimes português e espanhol – Uma proposta para a transposição dos artigos 6.º a 8.º da Directiva 2019/790 (UE)	317
VÍTOR MATOS	
Medidas Cautelares de Polícia para os Crimes Praticados por Meios Informáticos – Dificuldades Inerentes à Prova Digital.....	345
SAÏD AZZI & YOUNESS BENDAHMANE	
La protection pénale de la dissolution de la société en droit marocain	383
JORGE GODINHO	
Arguição da dissertação de doutoramento de António Jorge Rocha Lé, Casinos em Portugal — percursos e alterações (1927-2015), na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 22 de Fevereiro de 2021	391
ARTIGOS DE ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	399
CAROLLINE SOARES	
Vicissitudes no Contrato de Locação – transmissão da posição contratual em âmbito de arrendamento urbano	401
LÚCIA COSTA	
A Venda de Pais a Filhos e Avós a Netos (Uma reflexão sobre o artigo 877º do Código Civil)	417
PEDRO MIGUEL COSTA DE AZEVEDO	
Harmonização Fiscal da Tributação Direta	433
MANUEL CATARINO	
Breve Introdução ao Direito Terrestre do Espaço Exterior	447

A Proposta da Comissão Europeia – *Digital Markets Act*: Eficácia para a resolução dos efeitos lesivos originados pelos gigantes tecnológicos na União Europeia

MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES *

Sumário: 1. Introdução; 2. A necessidade de consagração de novas regras jurídicas de enquadramento da economia digital; 3. O *Digital Markets Act* – Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Mercados Contestáveis e Justos no Setor Digital; 4. O Mercado Relevante: Consulta Pública – Alteração da Comunicação Relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência (97 /C 372/03); 5. Conclusão.

1. Introdução

Este artigo visa abordar os desafios fundamentais que o mercado digital suscita ao Direito da Concorrência da União Europeia. Para o efeito procedemos no ponto 1.1 a uma breve abordagem da necessidade de consagração de novas regras jurídicas que se impõe para a elaboração de um enquadramento jurídico eficaz, gerado pela impossibilidade de aplicação das regras da concorrência da União Europeia a determinadas empresas digitais, e aborda-se sinteticamente o contributo da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre um Mercado Único de Serviços Digitais (Lei dos Serviços Digitais), de 15 de dezembro de 2020, para este

JURISMAT, Portimão, 2021, n.º 13, pp. 273-293.

* Professora Associada do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes; Investigadora do Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez.

desiderato. A questão da Consulta Pública com o objetivo de recolher da parte dos interessados pareceres para a Comissão proceder ou não à alteração da Comunicação relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência (97 /C 372/03) é desenvolvida no ponto 1.3. No ponto 1.2. procede-se à análise do *Digital Markets Act* – Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Mercados Contestáveis e Justos no Setor Digital. Sublinhamos a posição da Comissão Europeia acerca desta proposta e, após a análise da mesma, concordamos com a posição da Comissão, que justifica a necessidade do *Digital Markets Act* para regular certos comportamentos das plataformas que atuam como “gatekeepers” no setor digital. Com efeito, segundo a Comissão Europeia, os os *gatekeepers* caracterizam-se por ser plataformas com um impacto significativo no mercado interno funcionam como uma importante porta de entrada para os utilizadores empresariais chegarem aos seus clientes e que gozam, ou irão, previsivelmente, gozar de uma posição consolidada e duradoura.

2. A necessidade de consagração de novas regras jurídicas de enquadramento da economia digital

Vários grupos e organizações têm sublinhado preocupações relativas às plataformas digitais com domínio do mercado. Um relatório de 2020 destaca o Stigler Center da Universidade de Chicago, o Projeto Thurmond Arnold em Yale, o Berkman Klein Center em Harvard, o Shorenstein Center da Harvard Kennedy School, e a Alemanha, que publicou a “Lei da Concorrência 4.0”. A maioria desses grupos concentrou-se em questões de monopólio, da estrutura da legislação da concorrência dos EUA e da concorrência europeia, analisando a existência de comportamentos que podem ter violado as leis em geral, oferecendo soluções potenciais e, em alguns casos, sugerindo modificações da legislação atual para lidar com as características dos serviços digitais.¹

Os danos analisados verificam-se com especial incidência ao nível político. As plataformas controlam, de facto, uma enorme quantidade de comunicação política nos EUA. O Twitter não é apenas uma das muitas plataformas digitais no mercado de informações *online*. Atualmente, tem uma grande dimensão, e individualmente goza de poder suficiente para moldar de modo significativo a forma como os americanos pensam politicamente. O Facebook e o Google são plataformas substancialmente maiores, com indiscutivelmente ainda mais poder. Os autores deste relatório subli-

¹ Francis Fukuyama, Barak Richman, Ashish Goel, Roberta R. Katz, A. Douglas Melamed, Marietje Schaake, *Report of the Working Group on Platform Scale*, Stanford University, Stanford Program on Democracy and the Internet, 2020, pp. 2 e 3.

nham que o papel preponderante a nível político do Facebook não foi legitimado por qualquer ato de escolha democrática.²

A proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 2020, relativa aos Serviços Digitais, sublinha a necessidade de existência de clareza jurídica para plataformas e utilizadores, com respeito pelos direitos fundamentais. A Proposta de Regulamento de Serviços Digitais visa a adaptação das regras de direito comercial e civil aplicáveis às entidades comerciais que operam *online*.

Os desenvolvimentos das tecnologias impõem o recurso a regras harmonizadas para lidar com conteúdo ilegal online e para isenções de responsabilidade e moderação de conteúdo. Consagra-se a obrigação para certas plataformas *online* de receber, armazenar, verificar parcialmente e publicar informações sobre as empresas que utilizam os seus serviços. A proposta reconhece o grande impacto caracterizado pela especificidade de plataformas *online* muito grandes na economia e na sociedade, estabelecendo um padrão mais elevado de transparência e responsabilidade por parte dos provedores de tais plataformas, relativamente à forma como moderam o conteúdo, a publicidade e os processos algorítmicos.³

A proposta contém ainda um mecanismo detalhado de “notificação e ação” que trata de conteúdo ilegal, regras abrangentes sobre publicidade *online*, incluindo publicidade direcionada, e permitindo o desenvolvimento e uso de contrato inteligente. A proposta define responsabilidades e responsabilidades claras para fornecedores de intermediário de serviços e, em particular, plataformas *online*, como redes sociais.⁴ As medidas referidas evidenciam aptidão para garantir um ambiente *online* mais seguro e transparente para consumidores.

Esta proposta será complementada por outras ações no âmbito do Plano de Ação Democracia Europeia COM (2020) 790 final, com o objetivo de capacitar os cidadãos e construir democracias mais sólida sem toda a União.

No que se refere especificamente à temática da concorrência, esta, na maioria dos mercados digitais, apresenta características diversas da concorrência existente nos mercados tradicionais.

² Francis Fukuyama, Barak Richman, Ashish Goel, Roberta R. Katz, A. Douglas Melamed, Marietje Schaake, *Report of the Working Group on Platform Scale*, Stanford University, Stanford Program on Democracy and the Internet, 2020, pp. 2 e 3.

³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15 December 2020.

⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 15 December 2020, pp. 2 e 3.

Para uma aferição das medidas específicas necessárias para regular o mercado digital, impõe-se enunciar as principais características da economia digital, que são as seguintes:

- a) Retornos extremos à escala. O custo de produção de serviços digitais é muito menor do que o proporcional ao número de clientes atendidos. O mundo digital acentua de forma significativa esta situação, que pode originar uma vantagem concorrencial de relevo para as empresas beneficiárias.
- b) Externalidades de rede. A utilidade de uso de uma tecnologia ou serviço aumenta com o número de clientes que o adotam. Consequentemente, não é suficiente para um novo participante oferecer melhor qualidade e/ou preço inferior ao da operadora concorrente. O novo participante necessita igualmente de convencer os utilizadores do operador histórico a coordenar a sua migração para seus próprios serviços.

Com efeito, é frequente surgirem nos mercados digitais modelos empresariais baseados em plataformas com mercados multilaterais, efeitos de rede e economias de escala que aumentam a complexidade da análise pelos responsáveis pela aplicação do direito da concorrência. A doutrina tem evidenciado preocupações relativamente à delimitação do mercado das plataformas, que apresentam características específicas face aos mercados regulados. A verificação da ocorrência destas características gerou a necessidade de uma atenção rigorosa e constante dos governos e das autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência às indústrias intensivas em novas tecnologias.⁵

A aplicação da lei da concorrência identificou certos tipos de conduta que foram adotadas de forma quase contínua por algumas plataformas *online* em detrimento dos consumidores. Situações como a pesquisa geral e comparação de compras, pesquisa local, viagens, etc., podem, por exemplo, ter efeitos negativos não apenas diretamente sobre escolha do consumidor, mas também relativamente à inovação e concorrência.

As práticas que levam a que, de facto, os consumidores tenham de se manter ligados a um ecossistema, especialmente devido aos elevados custos de mudança e assimetrias de informação para os consumidores, constituem outro exemplo de conduta prejudicial à concorrência.⁶

As características e estrutura de alguns mercados digitais fazem com que dificilmente as empresas com acesso recente e inovadoras consigam permanecer e concorrer

⁵ OECD, *The Digital Economy, Innovation and Competition*, October, 2017.

⁶ BEUC, The European Consumer Organization, *Digital Services Act (EX Ante Rules) and New Competition Tool, Response to public consultations*, BEUC-X-2020 -079 07/10/2020, p. 3.

no mercado em benefício dos consumidores. É também muito importante o controlo das fusões, uma vez que os serviços de internet relativamente novos, com um volume de negócios de reduzida dimensão, mas com detentores de dados muitíssimo valiosos, podem, com frequência, ser adquiridas por poderosos grupos.

É necessário sublinhar que a aplicação do n.º 3 do artigo 101.º é facilitada através dos regulamentos de isenção por categoria, que conferem igualmente confiança aos operadores económicos que atuam sabendo que se o seu comportamento for subsumível a um dos regulamentos, a prática não será considerada restritiva da concorrência. Recorde-se que antes do Regulamento (CE) n.º 1/2003, as empresas só podiam beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 101.º n.º 3, relativamente aos acordos que fossem notificados à Comissão Europeia e por ela autorizados. Neste contexto, os regulamentos de isenção categorial desempenham um papel crucial de redução do número de acordos notificados ao executivo europeu. Contudo, há que sublinhar que estes regulamentos muitas vezes exigem uma análise complexa, que se tem atenuado com as decisões adotadas pela Comissão Europeia, que vieram a considerar comportamentos empresariais em concreto como subsumíveis aos dispositivos dos vários regulamentos.

No que concerne à atuação dos titulares dos motores de busca, suscitam-se dificuldades ao nível da definição de mercado e do cálculo das quotas de mercado, não se verificando até ao momento a necessidade de regulação dos problemas suscitados pelos algoritmos de investigação.

Verifica-se que nas redes sociais ocorrem fenómenos de concentração e práticas restritivas de empresas que levam ao efeito de exclusão. O impacto dos dados como fator de análise no processo concorrencial fez convergir as atenções dos peritos para esta igualmente para esta situação. Por outro lado, a situação consubstanciada na recolha e exploração dos dados pode aumentar as barreiras à entrada no mercado e ser fonte de poder de mercado.

Problemas complexos são suscitados no Comércio eletrónico pelas restrições verticais, a definição de mercado, o bloqueio geográfico, os contratos de exclusividade e as restrições horizontais. Suscitam igualmente problemas à aplicação do direito da concorrência, os contratos de distribuição seletiva, as restrições na venda e a publicidade nas vendas *on-line*, as *cláusulas e tying*.⁷

⁷ Significa vendas ligadas, subordinadas ou cláusulas de subordinação, e que estas assentam, sobretudo, num mecanismo utilizado por uma empresa, condicionando a compra de um produto à de um outro. Veja-se, neste sentido, o ponto 52 da Comunicação da Comissão 2009 C45/02; Miguel Moura e Silva, *O Abuso De Posição Dominante na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciência Jurídico-Económicas), Universidade de Lisboa, 2008, pp. 260 e ss.

A questão fundamental numa perspectiva de política da concorrência não é a de saber se essas empresas têm uma posição dominante hoje, mas se uma ampla quota de mercado constitui um fenómeno temporário ou não. Em suma: a questão reside em averiguar se as empresas estão protegidas da concorrência devido a barreiras à entrada ou se beneficiam do adequado resultado obtido pela introdução e gestão de uma tecnologia inovadora.

Para uma melhor compreensão da questão da adequabilidade do atual Direito da Concorrência da União Europeia, para impedir os efeitos nefastos de certas empresas do mercado digital, impõe-se o recurso ao enquadramento e conceitos jurídicos relevantes do Direito da Concorrência da União Europeia.

O enquadramento jurídico na sua essência encontra-se nos artigos 101.º a 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e nos critérios para a determinação de fusões no Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

A delimitação do mercado relevante para efeitos de aplicação das regras da concorrência no mercado digital constitui uma tarefa mais complexa do que no mercado físico. Com efeito, características dos mercados digitais como a rapidez de evolução, a gratuidade dos serviços aos utilizadores finais e a interdependência entre vários mercados podem originar uma situação não subsumível às regras do direito da concorrência.

Uma das questões fundamentais suscitadas pela prática das empresas no mercado digital está relacionada com comportamentos de empresas dominantes que podem ter efeitos anti concorrenciais.

O artigo 102.º (ex-artigo 82.º do TCE) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estatui:

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar 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”.

O artigo enuncia, a título exemplificativo, comportamentos empresariais que constituem práticas abusivas.

Quanto à noção de posição dominante, o TJUE pronunciou-se nos seguintes termos:

“A referida posição dominante diz respeito a uma situação de poder económico detida por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa

medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores”.⁸

A posição dominante não é proibida, mas sim o abuso da posição dominante.

O Tribunal de Justiça da União Europeia definiu a exploração abusiva nos seguintes termos:

“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, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência”.⁹

Segundo os peritos que apresentaram um relatório a pedido da Comissão Europeia sobre a Nova Ferramenta da Concorrência, existem setores em que as forças de mercado *a priori* podem gerar benefícios para os consumidores e a sociedade, e por determinadas razões o seu funcionamento em termos de concorrência é deficiente.

Esta situação pode resultar de:

- Características de mercado que não são necessariamente causadas pelo comportamento das empresas – como economias de escala ou de escopo (diretas ou indiretas), efeitos de rede, custos de troca e efeitos de bloqueio, informações assimétricas;
- Da conduta das próprias empresas – como conluio (tácito ou explícito) e outros acordos (horizontais ou verticais);
- Cláusulas contratuais impostas aos consumidores e práticas comerciais que podem ser consideradas abusivas.

Os atuais instrumentos de direito da concorrência na UE não permitiriam restaurar a concorrência efetiva em mercados que não funcionam adequadamente, devido às situações supra referenciadas (porque tais recursos não são, ou não são inteiramente, o produto das ações das empresas). Além disso, o enquadramento jurídico clássico não permitiria a intervenção relativamente a algumas das empresas cuja conduta pode ter efeitos anti-concorrenciais. Com efeito, as normas do direito da concorrência não apresentam soluções eficazes para as situações em que os concorrentes têm

⁸ Acórdão Hoffmann-La Roche / Comissão, Acórdão do Tribunal de Justiça 13 de Fevereiro de 1979 ponto 38.

⁹ Acórdão Hoffmann-La Roche / Comissão, Acórdão do Tribunal de Justiça 13 de Fevereiro de 1979, ponto 91.

participações recíprocas em empresas, em que são proprietárias comuns. São situações que podem contribuir para a diminuição da concorrência no mercado e possivelmente promover resultados colusivos.¹⁰

3. O *Digital Markets Act* – Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Mercados Contestáveis e Justos no Setor Digital

A Proposta de Regulamento dos Serviços Digitais¹¹ e a Proposta de Regulamento dos Mercados Digitais constituem uma resposta da Comissão Europeia à necessidade de enquadrar de forma eficaz as especificidades das plataformas em linha, com a observância dos direitos fundamentais, e na existência de uma concorrência efetiva no mercado digital.¹²

Nos últimos 60 anos, as regras de concorrência da UE forneceram uma base sólida para proteger a concorrência em vários tipos de mercado.

A Comissão, contudo, considera que existem problemas de concorrência estruturais que não podem ser resolvidos ao abrigo das regras de concorrência da UE existentes, por exemplo, estratégias de monopolização por empresas com poder de mercado, ou que não podem ser resolvidos da forma mais eficaz. O Direito da Concorrência da União Europeia não constitui um enquadramento jurídico eficaz porque não apresenta uma solução para questões relacionadas com a contestabilidade dos mercados e a justiça, situações que ocorrem com relativa frequência com as plataformas *on-line* nos mercados digitais.

¹⁰ Massimo Motta, Martin Peitz, *Expert Study, Intervention Triggers and Underlying Theories of Harm Advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool*, European Commission, 2020, p. 3.

¹¹ A Proposta de Regulamento de Serviços Digitais visa a adaptação das regras de direito comercial e civil aplicáveis às entidades comerciais que operam *online*. As normas constantes da proposta consagram mais justiça, transparência e responsabilidade para processos de moderação de conteúdo de serviços digitais, garantindo que os direitos fundamentais são respeitados. A proposta contém ainda um mecanismo detalhado de "notificação e ação" que trata de conteúdo ilegal, regras abrangentes sobre publicidade *online*, incluindo publicidade direcionada, e permitindo o desenvolvimento e uso de contrato inteligente. A proposta define responsabilidades e responsabilidades claras para fornecedores de intermediário de serviços e, em particular, plataformas *online*, como redes sociais, European Commission, Proposal of a Regulation on the European Parliament and the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act) Proposal of a Regulation on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/E CCOM(2020) . pp. 2 e 3.

¹² European Commission, Proposal of a Regulation on the European Parliament and the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act) Proposal of a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/E CCOM (2020).

Por outro lado, os procedimentos da política de concorrência são lentos em comparação com o ritmo de mudança na economia digital.

A política de concorrência clássica concentra-se no abuso de domínio num mercado único relevante. As plataformas são frequentemente intermediárias entre vários mercados. A ascensão do *big data* analítica não só ampliou a assimetria de informação entre plataformas e usuários, mas também entre reguladores e plataformas. Esta situação, por sua vez, retarda as respostas regulatórias das plataformas.¹³

É necessário sublinhar que as grandes plataformas suscitam preocupações ao direito da concorrência e em geral ao direito da União Europeia, porque se tornaram guardiãs de muitos produtos e serviços digitais e não digitais. O poder de mercado de algumas plataformas em linha suscita potenciais preocupações, especialmente no que diz respeito às plataformas mais poderosas, cuja importância para outros intervenientes no mercado se está a tornar cada vez mais crítica.

Impõe-se a consagração de condições adequadas em geral e de condições de concorrência em particular, que sejam equitativas para redes digitais e serviços inovadores avançadas. O mercado digital único exige a existência de serviços e redes de alta qualidade, em que sejam salvaguardados os dados pessoais e simultaneamente incentivem a inovação.

Em conclusão, a afirmação que se segue é do maior relevo para a compreensão das questões que estão em causa no Direito da Concorrência especialmente vocacionado para o mercado digital:

“This competition policy must be vigorous, disciplined, and coherent. It must rely on solid analysis of the new market settings and of the market failures which will imply that ‘the invisible hand of the market’ must be supplemented by ‘the visible hand’ of competition authorities or of the legislator”.¹⁴

O *Digital Markets Act* é uma proposta que tem como objetivo adotar medidas relativamente aos efeitos da opacidade e complexidade dos grandes ecossistemas de plataforma.¹⁵

¹³ European Commission, *The EU Digital Markets Act*, A Report from a Panel of Economic Experts, The EU Digital Markets Act, 2021.

¹⁴ Jacques Crémer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era* Final report. European Commission, 2019, p. 14.

¹⁵ European Commission, Proposal of a Regulation on the European Parliament and the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), 15 December, 2020.

Os *gatekeepers*¹⁶ são perspetivados como constituindo uma ameaça anti-concorrencial devido ao acesso que têm a dados e à sua capacidade em utilizar os mesmos em determinada atividade, com o objetivo de aperfeiçoar, desenvolver ou oferecer novos serviços em mercados adjacentes.

Os serviços digitais abrangem uma ampla gama de atividades, como mercados *online*, serviços de redes sociais *online*, motores de pesquisa *online*, sistemas operativos. Mais de 10.000 plataformas *online* operam na Europa da economia digital, a maioria das quais são PME. Verifica-se que um pequeno número de grandes plataformas *online* beneficia da maior parte do valor gerado.¹⁷

A Comissão também espera mitigar o desequilíbrio de poder entre as plataformas de *gatekeeping* e seus utilizadores, com o objetivo de se opor eficazmente às tendências monopolistas do primeiro. A Comissão justifica a necessidade do *Digital Markets Act* para regular certos comportamentos das plataformas que atuam como *gatekeepers* no setor digital.

Com efeito, segundo a Comissão Europeia, os *gatekeepers* caracterizam-se por ser plataformas com um impacto significativo no mercado interno, funcionam como uma importante porta de entrada para os utilizadores empresariais chegarem aos seus clientes, e que gozam, ou irão, previsivelmente, gozar de uma posição consolidada e duradoura. Esta situação pode gerar um poder que permita aos *gatekeepers* atuarem como legisladores privados e exercer a sua atividade de forma a restringir as relações entre empresas e consumidores.

Assim, as novas regras propostas consubstanciadas no *Digital Markets Act* aplicam-se apenas aos grandes fornecedores de plataformas de serviços que promovam práticas injustas, incluindo os motores de pesquisa, as redes sociais ou os serviços *online* de intermediação, que sejam designados como *gatekeepers*.

A proposta estabelece as disposições gerais, incluindo o objeto, o objetivo e o alcance do Regulamento, incluindo o seu efeito de harmonização em relação a certas leis nacionais (Artigo 1.º), e as definições dos termos usados, bem como os objetivos da proposta (Artigo 2.º).

O capítulo II contém as disposições relativas à designação de *gatekeepers*. Mais especificamente, estabelece as condições que devem ser preenchidas pelos provedo-

¹⁶ *Gatekeeper* significa guardião e portão de acesso. Nesta investigação será utilizada a palavra originária *gatekeeper*, utilizada na doutrina.

¹⁷ Meredith Broadben, *The Digital Markets Act, and the New Competition Tool European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies*, Center for Strategic and International Studies, 2020.

res de serviços numa plataforma principal, para que devam ser designados como *gatekeepers*.

A Proposta define como *gatekeeper* a empresa que se encontre nas situações seguintes:

- (a) tem um impacto significativo no mercado interno;
- (b) opera um serviço de plataforma central que serve como um importante portal para utilizadores de negócios para alcançar os utilizadores finais; e
- (c) goza de uma posição consolidada e durável em suas operações ou é previsível que irá desfrutar dessa posição no futuro próximo.

Presume-se que um provedor de serviços de plataforma central satisfaça:

- (a) O requisito da alínea a), quando a empresa a que pertence atinge um volume de negócios anual no EEE igual ou superior a 6,5 mil milhões de euros, nos últimos três anos financeiros, ou onde a capitalização média de mercado ou o valor justo de mercado equivalente da empresa a que pertence corresponde a pelo menos 65 bilhões de euros no último exercício financeiro, e fornece um núcleo de serviços de plataforma em pelo menos três Estados-Membros;
- (b) O requisito da alínea b) ocorre quando uma plataforma principal fornece um serviço que tem mais de 45 milhões de utilizadores finais ativos mensais, estabelecidos ou localizados na União, e mais de 10.000 utilizadores empresariais ativos anualmente, estabelecidos na União no último exercício financeiro. A proposta, para efeitos do primeiro parágrafo – os utilizadores finais ativos mensais – refere-se ao número médio de utilizadores finais ativos mensais na maior parte do último exercício financeiro;
- (c) O requisito da alínea c), caso os limiares da alínea b) sejam reunidos em cada um dos últimos três anos financeiros (Artigo 3.º).

Os *gatekeepers*, através do cumprimento de obrigações específicas estabelecidas na proposta, adotarão comportamentos que garantam uma abertura do ambiente *online* que seja justa para empresas e consumidores, e recetivo à inovação.¹⁸

Um subconjunto proporcional de obrigações será aplicado, para garantir que o *gatekeeper* em causa não consiga, através de meios injustos, uma posição consolidada e duradoura nas suas operações.¹⁹

¹⁸ European Commission, *Questions and answers, Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets*, 15 December 2020.

¹⁹ European Commission, *Questions and answers Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets*, 15 December 2020.

Esta designação baseia-se em critérios quantitativos (por meio de uma presunção ilidível) ou surge na sequência de uma avaliação casuística durante uma investigação de mercado (Artigo 3.º). Além disso, também estabelece condições sob as quais uma designação de um guardião digital pode ser reconsiderada e a obrigação de rever regularmente as condições subjacentes à designação (Artigo 4.º).

O Capítulo III estabelece as práticas dos *gatekeepers* que limitam a contestabilidade do mercado.²⁰ Estabelece obrigações que os *gatekeepers* designados devem cumprir relativamente a cada um dos principais serviços de plataforma incluídos na decisão de designação relevante (Artigos 5.º e 6.º).

A proposta consagra um enquadramento para o diálogo entre o *gatekeeper* designado e a Comissão em relação às medidas que o mesmo implementa ou pretende implementar, a fim de cumprir as obrigações estabelecidas no artigo 6.º (Artigo 7.º).

No Capítulo IV estabelecem-se regras para a realização de investigações de mercado, sobretudo processuais e os requisitos para a abertura de uma investigação de mercado (Artigo 14.º) e regras para a realização diferentes tipos de investigações de mercado:

- (i) designação de um *gatekeeper* (Artigo 15.º),
- (ii) investigação de não conformidade sistemática (Artigo 16.º) e
- (iii) investigação de novo núcleo serviços de plataforma e novas práticas (Artigo 17.º).

A proposta consagra no Capítulo V as disposições relativas à implementação e aplicação desta proposta de Regulamento. Prevê os requisitos processuais para a abertura do processo (Artigo 18.º). Estabelece regras em relação a diferentes ferramentas que podem ser usadas no contexto de investigação de mercado ou procedimentos ao abrigo do regulamento.

O Artigo 5,²¹ que consagra as obrigações dos *gatekeepers*.

²⁰ Um mercado contestável é aquele mercado que preenche as seguintes características:

- a) não apresenta barreiras à entrada ou saída;
- b) todas as empresas, tanto entrantes atuais quanto potenciais, têm acesso à mesma tecnologia de produção;
- c) existe informação perfeita de preços, disponível para todos os consumidores e empresas;
- d) os participantes podem entrar e sair antes que os participantes possam ajustar os preços.cf. Glossary of Industrial Organisation, Economics and Competition Law, 1993, pág. 29. Para maiores desenvolvimentos, cf. William Baumol, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, The American Economic Review, March 1982. Baumol elaborou a teoria dos mercados contestáveis.

²¹ European Commission (15.12.2020) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance) COM (2020) 842 final, 15 December 2020.

No que diz respeito a cada um dos seus serviços de plataforma principal, identificados nos termos do artigo 3.º, n.º 7, um *gatekeeper* deve:

- (a) Abster-se de articular dados pessoais provenientes desses serviços originários da plataforma central com dados pessoais de quaisquer outros serviços oferecidos pelo guardião digital ou com dados pessoais de serviços de terceiros e de fazer *login* de utilizadores finais em outros serviços, com o objetivo de articular dados pessoais, a menos que o utilizador final tenha sido apresentado com a escolha específica e consentimento fornecido no sentido do Regulamento (UE)2016/679;
- (b) Permitir que os utilizadores comerciais ofereçam os mesmos produtos ou serviços a utilizadores finais por meio de terceiros serviços de intermediação *online* de terceiros a preços ou condições diferentes daqueles oferecidos por meio dos serviços de intermediação online do *gatekeeper*;
- (c) Permitir que utilizadores comerciais promovam ofertas para utilizadores finais adquiridas por meio da plataforma principal para celebrar contratos com esses utilizadores finais, independentemente de se para esse fim, eles utilizam os serviços da plataforma central do guardião digital ou não, e permitam que os utilizadores tenham acesso e utilizem, por meio dos serviços da plataforma principal do *gatekeeper*, conteúdo, assinaturas, recursos ou outros elementos utilizando o aplicativo de *software* de uma empresa utilizadora, onde esses elementos foram adquiridos pelos utilizadores sem usar os serviços de plataformas principais;
- (d) Abster-se de impedir ou restringir os utilizadores de atividades empresariais de suscitar questões perante qualquer autoridade pública relevante relacionada a qualquer prática de *gatekeepers*;
- (e) Abster-se de exigir que os utilizadores de negócios usem, ofereçam ou interrompam o fornecimento de um serviço de identificação do *gatekeeper* no contexto dos serviços oferecidos pelos utilizadores de negócios usando os principais serviços de plataforma desse *gatekeeper*;
- (f) Abster-se de exigir que os utilizadores comerciais ou utilizadores finais se inscrevam ou se registem em qualquer outros serviços de plataforma principal identificados nos termos do Artigo 3.º ou que atinjam os limiares fixados no Artigo 3.º (2) (b) como uma condição para ter acesso inscrever-se ou registrar-se em qualquer um dos seus serviços de plataforma principal identificados nos termos desse artigo;
- (g) fornecer a publicitários e editores aos quais fornece serviços de publicidade, mediante seu pedido, informações sobre o preço pago pelo anunciante e editora, bem como o valor ou remuneração paga à editora, para a publicação de um determinado anúncio e para cada um dos serviços de publicidade relevantes fornecidos pelo *gatekeeper*.

A proposta prevê sanções por incumprimento, que podem incluir coimas até 5% do volume de negócios mundial das empresas com controlo de acesso, a fim de garantir a eficácia das novas regras. Para os infratores recorrentes, estas sanções podem também implicar a obrigação de tomar medidas estruturais, à alienação de determinadas atividades, quando não existam outras medidas alternativas igualmente eficazes para garantir a conformidade (Artigo 27.º).

Com efeito, a Comissão refere na Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno.

A Comissão Europeia verifica que o direito nacional não permite que muitas Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) disponham das garantias de independência, meios de atuação e da competência necessária de execução e de aplicação de coimas para que a União possa aplicar as regras de concorrência de forma eficaz. A situação descrita põe em causa a capacidade das autoridades nacionais para a aplicação eficaz dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, bem como a aplicação do direito nacional da concorrência em paralelo com estas disposições.²²

Na diretiva, são apresentados os seguintes exemplos que evidenciam a ausência das condições necessárias por parte das ANC para a aplicação do Direito da Concorrência da União. Muitas ANC não dispõem de meios eficazes para a recolha de elementos de prova das infrações aos artigos 101.o e 102.o do TFUE; ou para a aplicação de coimas às empresas que violem os artigos referidos; ou não dispõem dos meios humanos e financeiros adequados e da independência operacional necessária para aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE de forma eficaz.

O facto de muitas ANC não disporem de garantias de independência, meios e competência de execução e de aplicação de coimas para aplicarem de forma eficaz os artigos 101.º e 102.º do TFUE, poderá originar a situação das empresas envolvidas em práticas anti-concorrenciais poderem confrontar-se com resultados processuais muito diversos, consoante o Estado-Membro em que exercem atividade.²³

Face à situação supra descrita, a atribuição de competência às ANC para aplicar o direito constante da proposta do *Digital Markets Act* seria eliminar *ab initio* os próprios objetivos prosseguidos pela proposta em análise.

Saliente-se que o Parlamento Europeu e os Estados-Membros debaterão as propostas da Comissão (*Digital Services Act* e *Digital Market Act*) no âmbito do processo

²² Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018.

²³ Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018.

legislativo ordinário. Se a proposta for adotada, o texto final será diretamente aplicável em toda a União Europeia.

4. O Mercado Relevante: Consulta Pública – Alteração da Comunicação Relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos do Direito Comunitário da Concorrência (97 /C 372/03)

A medição do poder de mercado constitui etapa prévia, absolutamente necessária, para a determinação dos efeitos concorrenciais de uma fusão, uma prática ou um acordo, e constitui uma ferramenta para identificar situações em que ocorrem ou poderão ocorrer situações que violam o Direito da Concorrência.²⁴

O principal objetivo é, assim, ao proceder à definição de mercado, conseguir identificar os concorrentes das empresas em questão no caso concreto que são suscetíveis de restringir o seu comportamento.

O mercado do produto é definido da seguinte forma:²⁵ “O mercado de produto relevante inclui todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”. A finalidade subjacente à definição de mercado é identificar os produtos que exercem pressão competitiva sobre os produtos vendidos por uma ou algumas empresas em particular. As empresas suspeitas de adoção de práticas restritivas podem, conseqüentemente, tornar-se objeto de uma intervenção regulatória.

Em conformidade, e como será brevemente analisado infra, um mercado multilateral vende dois produtos distintos que estão interligados por uma rede com efeitos indiretos. Assim, as empresas em mercados multilaterais podem ser perspectivadas como plataformas em que as duas partes do mercado devem ser consideradas como gerando a possibilidade do exercício de uma atividade.²⁶

O mercado geográfico relevante é definido da seguinte forma: “O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”. O mercado relevante no âmbito do qual se deve apreciar uma determinada questão do

²⁴ Comissão Europeia, Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97 /C 372/03).

²⁵ Comissão Europeia, *Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência* (97 /C 372/03).

²⁶ OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* 2018, p. 41.

ponto de vista da concorrência é, por conseguinte, determinado pela conjugação dos mercados do produto e geográfico. A Comissão interpreta as definições supra referenciadas (que refletem a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância da União Europeia), bem como a sua própria prática em matéria de decisões) de acordo com os princípios definidos nas orientações relativamente à definição de mercado relevante.²⁷

Ambos os mercados estão relacionados com a substituíbilidade, o que resulta claramente dos conceitos adotados pela Comissão Europeia. A substituíbilidade demonstra a dimensão dos consumidores que consideram produtos alternativos como produtos substitutos. Na medição da substituíbilidade, a autoridade da concorrência tem utilizado o mecanismo da elasticidade cruzada e da oferta como da elasticidade da procura do produto. Para proceder a estas operações, as autoridades oficiais da concorrência usam frequentemente o denominado *small but significant nontransitory increase in price test (SSNIP test or Hypothetical Monopolist test)*.

Algumas características dos mercados multilaterais estão presentes nas múltiplas definições apresentadas pelos académicos. Existem três elementos caracterizadores das plataformas que podem gerar práticas anti-concorrenciais:

- Os utilizadores em conjunto, cujo agrupamento é resultante da utilização das plataformas;
- A estrutura de preços aplicada à plataforma; e
- Os efeitos indiretos das redes que as plataformas se esforçam por integrar,²⁸ e que suscitam particulares problemas a nível de direito da concorrência.

A concorrência entre as plataformas é caracterizada por efeitos de rede diretos ou indiretos, *switching costs*,²⁹ e efeitos de reputação e economias de escala. A repercussão desses efeitos difere de forma substancial entre os mercados em que atuam as plataformas, sendo que os efeitos são normalmente mais importantes nos mercados físicos.³⁰

²⁷ Comissão Europeia, *Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência* (97 /C 372/03).

²⁸ Gonenc Gurkay et al, *Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis*, Journal of Antitrust Enforcement, Volume 5, Issue 1, 1 April 2017, p. 5.

²⁹ Switching costs, são custos que se repercutem na atividade dos agentes quando eles mudam de fornecedores. Constitui o principal indutor da manutenção dos clientes, tendo potencialidade para conferir certo grau de poder de mercado às empresas, com repercussões de relevo na competitividade do mercado.

³⁰ Justus Haucamp, Ulrich Heimeshof, *Google, Facebook, Amazon, Ebay: Is the Internet driving competition or market monopolization?*, Dice, Discussion Paper, Dusseldorf ,2013, p. 14.

Os efeitos de rede diretos são aqueles em que a utilidade que os utilizadores retiram de um serviço aumenta com o crescimento do número de outros utilizadores. Assim, se um utilizador já se encontra a utilizar uma dada rede social como o *Facebook* ou *LinkedIn*, a sua atividade na rede induz a adesão de mais utilizadores, uma vez que uma ampla base de utilizadores aumenta a probabilidade de se encontrarem contactos de relevo.³¹

Suscita-se também o problema de determinar se eles devem ser definidos ou se só tem importância a delimitação de um mercado abrangendo as duas dimensões. Exemplificando: Quando se procede à análise de uma fusão entre TV, a questão reside em saber se há um mercado para a publicidade na TV e um mercado para o conteúdo da TV. De forma similar, num caso em que esteja em causa o pagamento com cartões, há que determinar se existe um mercado para o pagamento de serviços com cartão ou um mercado de pagamento de serviços com cartão para os titulares do cartão e um mercado para o pagamento de serviços com cartão para os vendedores.³²

Certos mercados dinâmicos não se prestam a avaliações de poder de mercado com base em participações de mercado, que são calculadas num mercado relevante específico. No mercado digital, os limites do mercado podem não ser tão claros como na economia não digital. Eles podem alterar-se muito rapidamente. Acresce que, no caso de plataformas multifacetadas, a interdependência dos “lados” torna-se uma parte crucial da análise de estratégias anti-concorrenciais.³³

A ascensão das plataformas digitais mudou os mercados e o próprio ato de definição do mercado – a unidade básica da análise das práticas restritivas da concorrência. Nos mercados dinâmicos, as definições de mercado estabelecidas são sistematicamente postas em causa devido à sua inadequação, uma vez que nos mercados digitais ocorre a diluição das fronteiras dos mercados.

Amelia Fletcher e Bruce Lyons, no relatório apresentado à Comissão Europeia, evidenciam as principais fragilidades do conceito de mercado adotado no Direito da Concorrência da União Europeia, nas suas análises das práticas anti-concorrenciais.

³¹ Justus Haucamp, Torben Stuheir, *Competition and Antitrust in Internet Market, October, DICE Discussion Paper*, No. 199, Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE), Düsseldorf, 2015.

³² OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018.

³³ European Commission, Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, 2020.

Salientamos as seguintes:³⁴

- A definição do mercado geográfico utilizada na análise das práticas anti-concorrenciais é sobrevalorizada;
- Não há avaliação suficiente de ‘entrantes rápidos’, capacidade de oscilação e quotas de capacidade;
- Há duplicação de evidências entre a definição de mercado e a avaliação concorrencial;
- Os territórios dos Estados-Membros parecem ser considerados como a menor unidade de definição do mercado geográfico.

O acesso à distribuição local pode ser crucial para a definição do mercado geográfico. Há evidências claras de que as partes e a Comissão consideram prioritária a análise quantitativa nas suas investigações.

Relativamente à análise quantitativa realizada nos dez estudos de caso em termos de definição do mercado geográfico e avaliação das restrições concorrenciais, os autores verificaram uma variação substancial em termos de extensão da análise quantitativa realizada e a sofisticação estatística dessa análise. A análise varia entre a ausência de avaliação dos preços (por exemplo, Alstom / Areva), sendo a base da decisão em evidências qualitativas de preços da investigação de mercado (por exemplo, Western Digital / Hitachi e Refresco / Pride), para uma análise de dados mais detalhada e sofisticada.³⁵

A Comunicação sobre a Definição de Mercado fornece informações importantes para empresas e outras partes interessadas, ajudando-os a compreender a abordagem da Comissão sobre o funcionamento do mercado.³⁶

Existe consenso relativamente ao facto da necessidade de a orientação da Comissão estar atualizada e que consagre uma abordagem clara e consistente para a definição de mercado facilmente acessível. É pretensão da Comissão da União Europeia promover um diálogo aberto com todas as partes interessadas, com o objetivo de a Comissão ter uma perceção das preocupações existentes relativamente aos critérios definidores de mercado.

³⁴ Amelia Fletcher, Bruce Lyons, *A Study for DG Competition*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, Norwich, 2016.

³⁵ Amelia Fletcher, Bruce Lyons, *A Study for DG Competition*, by Centre for Competition Policy, University of East Anglia, Norwich, 2016, pág. 19. Os autores apresentam nas páginas 19 a 51 do relatório, os casos em que sedimentaram a análise do mercado relevante no Direito da Concorrência da União Europeia.

³⁶ European Commission, *Competition: Commission consults stakeholders on the Market Definition Notice*, Press Release 26 June 2020, Brussels.

5. Conclusão

A aplicação da lei da concorrência identificou certos tipos de conduta que foram adotados de forma quase contínua por algumas plataformas *online* em detrimento dos consumidores. Verificamos que a existência de situações como a pesquisa geral e comparação de compras, pesquisa local, viagens, etc., podem, por exemplo, ter efeitos negativos não apenas diretamente sobre escolhas do consumidor, mas também relativamente à inovação e concorrência. As práticas que levam a que de facto os consumidores tenham de se manter ligados a um ecossistema, especialmente devido aos elevados custos de mudança e assimetrias de informação para os consumidores, constituem outro exemplo de conduta prejudicial à concorrência.

As características e estrutura de alguns mercados digitais fazem com que dificilmente as empresas com acesso recente e inovadoras consigam permanecer e concorrer no mercado, em benefício dos consumidores.

No que se refere à pesquisa relacionada ao nível dos dados, é muito importante o controlo das fusões, uma vez que os serviços de internet relativamente novos, com um volume de negócios de reduzida dimensão, mas detentores de dados muitíssimo valiosos, podem, com frequência, ser adquiridas por poderosos grupos.

Nos mercados de publicidade em linha surge a questão dos contratos de exclusividade, e da concentração de dados de publicidade de relevo, estando neste caso os comportamentos referidos abrangidos pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Relativamente à atuação dos titulares dos motores de busca, suscitam-se dificuldades ao nível da definição de mercado e do cálculo das quotas de mercado, não se verificando até ao momento a necessidade de regulação dos problemas suscitados pelos algoritmos de investigação. Verifica-se que nas redes sociais ocorrem fenómenos de concentração e práticas restritivas de empresas, que levam ao efeito de exclusão. O impacto dos dados como fator de análise no processo concorrencial fez convergir as atenções dos peritos igualmente para esta situação.

Por outro lado, a situação consubstanciada na recolha e exploração dos dados pode aumentar as barreiras à entrada no mercado e ser fonte de poder de mercado.

Adota-se um procedimento que permite à Comissão Europeia investigações céleres a mercados para aferir se as práticas e serviços de um novo *gatekeeper* necessitam ser reguladas pelas novas regras, para que todos os novos intervenientes estejam regulados relativamente aos efeitos do crescimento rápido dos mercados digitais.

A proposta de regulamento permite que a Comissão realize investigações de mercado específicas para avaliar se é necessário acrescentar a estas regras novas práticas e serviços das empresas com controlo de acesso, a fim de assegurar que as novas regras sobre o controlo de acesso acompanham a rápida evolução dos mercados digitais.

O principal objetivo é, assim, ao proceder à definição de mercado conseguir identificar os concorrentes das empresas em questão no caso concreto que são suscetíveis de restringir o seu comportamento. Certos mercados dinâmicos não se prestam a avaliações de poder de mercado com base em participações que são calculadas num mercado relevante específico. Embora a questão central continue a ser a caracterização do mercado, impõe-se a abordagem de formas alternativas de avaliação do poder de mercado ao critério que tem sido decisivo: as quotas de mercado como fator essencial para a aferição do poder de mercado.

Referências Bibliográficas

- Amelia Fletcher, Bruce Lyons, *A Study for DG Competition*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, Norwich, 2016.
- BEUC, *The European Consumer Organisation, Digital Services Act (EX Ante Rules) and New Competition Tool ,Response to public consultations* , BEUC-X-2020 -079 07/10/2020, pág. 3.
- Comissão Europeia, Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Relatório sobre a Política de Concorrência 2019, 2020*.
- Comissão Europeia, *Comunicação relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97 /C 372/03)*.
- European Commission, *The EU Digital Markets Act A Report from a Panel of Economic Experts*The EU Digital Markets Act, 2021.
- European Commission, Proposal of a Regulation on the European Parliament and the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), 15 December, 2020.
- European Commission, Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era*, Final Report, 2020.
- European Commission, Competition: *Commission consults stakeholders on the Market Definition Notice*, Press Release 26 June 2020.
- European Commission, *Questions and answers, Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets*, 15 December 2020.

- Francis Fukuyama, Barak Richman, Ashish Goel, Roberta R. Katz, A. Douglas, Melamed, Marietje Schaake, *Report of the Working Group on Platform Scale*, Stanford University, Stanford Program on Democracy and the Internet, 2020.
- Jacques Crémer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era Final*, Report. European Commission, 2019,
- Justus Haucamp, Ulrich Heimeshof, Google, Facebook, Amazon, Ebay: *Is the Internet driving competition or market monopolization?*, Dice, Discussion Paper, Dusseldorf, 2013, p. 14.
- Gonenc Gurkay et al, *Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis*, Journal of Antitrust Enforcement, Volume 5, Issue 1, 1 April 2017.
- Massimo Motta, Martin Peitz, Expert Study, *Intervention Triggers and Underlying Theories of Harm Advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool*, European Commission, 2020.
- Meredith Broadben, *The Digital Markets Act, and the New Competition Tool European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies*, Center for Strategic and International Studies, 2020. OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms* 2018.
- OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018.
- OECD, *The Digital Economy, Innovation and Competition*, October, 2017.
- Ursula von der Leyen, President of the European Commission, *Mission Letter Brussels*, dirigida a Margrethe Vestager, Executive Vice-President for a Europe Fit for the Digital Age, 1 December 2019.
- William Baumol, *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, The American Economic Review, March 1982.

