

# OS DESAFIOS SUSCITADOS AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA PELAS GRANDES EMPRESAS TECNOLÓGICAS, EM ESPECIAL OS CASOS DA APPLE E DA AMAZON

**MARIA DE FÁTIMA CABRITA MENDES**

PROFESSORA ASSOCIADA DO ISMAT

MEMBRO DO CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM DIREITO FRANCISCO SUÁREZ

(CEAD – FRANCISCO SUÁREZ)

**ABSTRACT:** This article consists of two parts. Part I analyzes the investigation of the European Commission of July 17, 2019, regarding Amazon. The functions of Amazon's Buy Box are presented and the possibility that Amazon's use of the Buy Box constitutes an abuse of a dominant position by the mentioned company is highlighted. After concluding that Amazon's prioritization of its products and services over competitors constitutes an auto-preferencing situation, we briefly address this type of business behavior and Amazon's abuse of dominant position in adopting this practice.

The second part highlights the facts and conclusions contained in the statement of objections and the European Commission sent to Apple in 2021. Two situations are considered of concern from the perspective of Competition Law. We present and agree with the thesis defended by Geradin and Katsifis (2020) who maintain that some practices adopted by Apple in relation to its app store are covered by article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

**KEYWORDS:** Restrictive Practices, Amazon, Apple, *Self-preferencing*, Abuse of Dominant Position

**RESUMO:** Este artigo é composto por duas partes. Na primeira parte procede-se à análise da investigação da Comissão Europeia de 17 de julho de 2019 relativamente à Amazon. Apresenta-se as funções da *Buy Box* da Amazon e sublinha-se a possibilidade da utilização efetuada pela Amazon da *Buy Box* constituir um abuso de posição dominante por parte da empresa referenciada. Após concluir que o facto de a Amazon privilegiar os seus produtos e serviços em relação aos concorrentes constitui uma situação de *autopreferencing*, procedemos a uma breve abordagem deste tipo de comportamento empresarial e o abuso de posição dominante por parte da Amazon ao adotar esta prática.

Na segunda parte releva-se os factos e conclusões constantes da comunicação de objeções e Comissão Europeia enviada à Apple em 2021. Analisam-se duas situações consideradas preocupantes na ótica do Direito da Concorrência. Apresentamos e concordamos com a tese defendida por Geradin e Katsifis (2020) que sustentam que algumas práticas adotadas pela Apple relativamente à sua *app store* são abrangidas pelo artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

**KEYWORDS:** Práticas Restritivas, Amazon, Apple, *auto-preferência*, Abuso de posição dominante

## SUMÁRIO:

### I

1. Introdução
2. As investigações da Comissão Europeia relativamente a determinados comportamentos da Amazon suscetíveis de restringir a concorrência.
3. Amazon "Buy Box" – Instauração do processo por parte da Comissão Europeia.
4. A *self-preferencing* e o eventual abuso de posição dominante por parte da Amazon.
5. O poder da Amazon e a influência do Direito da Concorrência dos Estados Unidos.

### II

1. A investigação preliminar e a comunicação de objeções da Comissão Europeia à Apple.
2. A *app store* da Apple.
3. Os aplicativos e a loja de aplicativos da Apple.
4. A aplicação da comissão de 30 por cento relativamente a bens e serviços digitais adquiridos por desenvolvedores de aplicativos através da *app store*.
6. Conclusão

## I

**1. Introdução**

O objetivo deste artigo é analisar as práticas restritivas da concorrência na União Europeia adotadas por dois gigantes tecnológicos, a Amazon e a Apple. Para o efeito procede-se à apresentação das investigações da Comissão Europeia relativamente a determinados comportamentos da Amazon suscetíveis de restringir a concorrência.

Analisamos a situação de *selfpreferencing* que constitui um comportamento restritivo da concorrência adotado pela Amazon.

Apresenta-se a investigação preliminar e a comunicação de objeções da Comissão Europeia à Apple.

Resulta da análise destes documentos a necessidade de aferir se são restritivas da concorrência as seguintes práticas adotadas pela Apple:

A aplicação da comissão de 30 por cento relativamente a bens e serviços digitais adquiridos por desenvolvedores de aplicativos através da app store.

A concorrência dos aplicativos da Apple com os aplicativos dos desenvolvedores.

É com base no enquadramento que apresentamos sucintamente que a perspetiva da posição da Comissão Europeia relativamente às grandes empresas tecnológicas deverá ser perspetivada.

As grandes empresas tecnológicas têm adotado comportamentos suscetíveis de violarem o Direito da Concorrência da União Europeia, dos Estados membros, e dos Estados Unidos.

Com efeito, na sua comunicação sobre a revisão intercalar de aplicação da estratégia para o mercado digital, a Comissão Europeia sublinha que as plataformas em linha organizam o «ecossistema» da Internet traduzindo-se numa transformação profunda da *World Wide Web*, que suscitam novas oportunidades, mas igualmente novos desafios<sup>1</sup>.

Acresce o facto de as plataformas digitais atuarem como *gatekeepers* e

frequentemente desempenharem um duplo papel, sendo simultaneamente operadores para o mercado e vendedores dos seus próprios produtos e serviços em concorrência com outros vendedores.

Em especial, a política de concorrência europeia tem de enfrentar novos desafios associados à utilização de dados, aos algoritmos e aos mercados em rápida evolução num ambiente cada vez mais digital<sup>2</sup>.

Vertager salienta a necessidade de assegurar que as pequenas empresas e os particulares beneficiam de oportunidades equitativas. Esta afirmação implica que, enquanto autoridades responsáveis pela aplicação das regras de concorrência é dever da União Europeia marcar a diferença. *As empresas e os cidadãos da União Europeia têm de ter consciência de que mercados abertos e uma concorrência dinâmica beneficiam toda a gente e não apenas uma elite poderosa*<sup>3</sup> (sublinhado nosso).

**2. As investigações da Comissão Europeia relativamente a determinados comportamentos da Amazon suscetíveis de restringir a concorrência.**

São várias as investigações prosseguidas pela Comissão Europeia relativamente a comportamentos adotados pela Amazon suscetíveis de violarem o direito da concorrência<sup>4</sup>.

Em 17 de julho de 2019, a Comissão Europeia iniciou uma investigação formal para avaliar se a utilização de dados confidenciais de retalhistas independentes que vendem no mercado, pela Amazon, viola as regras de concorrência da UE.

Em causa está o facto de a Amazon utilizar sistematicamente dados de negócios não públicos de vendedores independentes que vendem no seu mercado, em benefício do próprio negócio de retalho da Amazon, que concorre diretamente com esses vendedores<sup>5</sup>. A Comissão Europeia verifica a existência de características específicas da Amazon que podem originar a adoção de práticas restritivas da concorrência por parte da mesma.

<sup>1</sup> Comissão Europeia, (2017), Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital- Um Mercado Único Digital conectado para todos, COM (2017) 228 final, Bruxelas, pág. 11.

<sup>2</sup> Comissão Europeia, (2020), 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 COM(2020) 302 final, Relatório sobre a Política de Concorrência 2019 [SWD (2020) 126 final, Bruxelas, CrémerJacques Yves, de Montjoye Alexandre and Schweitzer Heike (2019), Report Competition Policy for the Digital Era, Advisers to the European Commission, pág. 61.

<sup>3</sup> Margrethe Vestager, (2016), Prefácio ao Relatório Anual sobre a Política da Concorrência de 2016, Comissária responsável pela Concorrência.

<sup>4</sup> A título exemplificativo vide European Commission, (2017), Case AT E-book MFNs and related matters, (Amazon) (Only the English text is authentic), Antitrust Law Procedure Council Regulation, (EC) 1/2003.

<sup>5</sup> European Commission (2021), Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, cf. Comissão Europeia, (2020), Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Relatório sobre a Política de Concorrência, Press release, Brussels, COM (2021) 373 final, págs. 19-20.

Com efeito, a Amazon como plataforma desempenha um duplo papel. Fornece um mercado onde vendedores independentes podem vender produtos diretamente aos consumidores e vende produtos na qualidade de distribuidora no mesmo mercado concorrendo com esses vendedores<sup>6</sup>.

Como um provedor de serviços de mercado, a Amazon tem acesso a dados de negócios não públicos de vendedores, como o número de unidades de produtos encomendadas e enviadas, as receitas dos vendedores no mercado, o número de visitas às ofertas dos vendedores, dados relacionados ao envio do produto, ao desempenho anterior dos vendedores e outras reivindicações do consumidor sobre os produtos, incluindo as garantias em vigor<sup>7</sup>.

As conclusões preliminares da Comissão Europeia mostram que grandes quantidades de dados não públicos de vendedores estão disponíveis para agentes económicos do negócio de retalho da Amazon. Os dados fluem diretamente para os sistemas automatizados dessa empresa, que agrega esses dados e os utiliza para determinar as ofertas de retalho e adotar decisões estratégicas de negócios da Amazon em detrimento dos outros vendedores do mercado<sup>8</sup>.

A Comissão Europeia investiga se a Amazon utilizou dados confidenciais de retalhistas na sua plataforma e em seu benefício (para reduzir o preço de seus próprios produtos e conseguir posicionar de forma privilegiada nas pesquisas) abusando de sua posição sobre os retalhistas.

Com efeito, a análise da utilização de dados por parte da Amazon revelou que a mesma pode ter definido certas regras na sua plataforma que favorecem artificialmente tanto as suas ofertas na qualidade de retalhista como as ofertas de vendedores que usam os serviços de logística e entrega da Amazon<sup>9</sup>.

O parecer preliminar da Comissão Europeia, descrito na sua comunicação de objeções, traduz-se no facto de a utilização de dados não públicos de vendedores do mercado permitir que a Amazon evite os riscos normais da concorrência no retalho.

A Amazon poderá aproveitar a sua posição dominante no mercado de prestação de serviços na França e na Alemanha, os maiores mercados para a Amazon na UE.

A investigação concentra-se igualmente na possibilidade de os vendedores

terem acesso efetivo aos utilizadores Prime. O acesso a estes consumidores é importante para os vendedores uma vez que o número de utilizadores Prime cresce continuamente e gera mais vendas nos mercados da Amazon do que as efetuadas pelos utilizadores não Prime.

Os produtos que usam *FBA* (o denominado “atendimento por vendedores Amazon”) são automaticamente designados como Amazon Prime e têm garantia de entrega em dois dias pela Amazon. Os produtos *FBA* são enviados em caixas da Amazon com etiquetas da Amazon. Para produtos que são *FBA*, a Amazon é a intermediária relativamente a todas as devoluções e solicitações de atendimento ao cliente. A *FBA* caracteriza-se pela quantidade de controlo que a Amazon assume sobre seu produto. Depois de um comerciante enviar o seu produto para um dos seus centros de distribuição perderá todo o controlo sobre o produto.<sup>10</sup> A provar-se estes factos, os mesmos são subsumíveis ao artigo 102.º ou ao artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, adiante designado por TFUE<sup>11</sup>.

### 3. Amazon “Buy Box” – Instauração do processo por parte da Comissão Europeia.

Uma segunda investigação foi encetada relativamente à caixa de compra, ao rótulo Prime da Amazon e à relação estabelecida com a utilização dos serviços de logística e entrega da Amazon A “Caixa de Compra”<sup>8</sup>- Buy Box) é exibida com destaque nos sites da Amazon e permite que os clientes adicionem produtos de um retalhista específico diretamente nos seus carrinhos de compras. Para os vendedores é crucial ganhar a “Caixa de Compra” (ou seja, ser escolhido como a oferta que se apresenta nesta caixa) dado que a mesma oferta de um único vendedor para um produto escolhido nos mercados da Amazon gera a grande maioria de todas as vendas<sup>12</sup>.

“A Caixa de Compra” tem como objetivo tornar a oferta mais visível para o consumidor na página de detalhes do produto e, conseqüentemente, uma maior acessibilidade ao produto por parte do consumidor quando utiliza a plataforma da Amazon. Para os vendedores gerarem vendas na plataforma de comércio da Amazon, é fundamental ganhar a *Buy Box* e ter acesso aos clientes Amazon Prime, o programa

<sup>6</sup> European Commission, (2020), *Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, Press Release, Brussels.

<sup>7</sup> European Commission, (2020), *Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, Press Release, Brussels.

<sup>8</sup> European Commission, (2020), *Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, Press release, Brussels.

<sup>9</sup> European Commission, (2020), *Statement by Executive Vice-President Vestager on Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and second investigation into its e-commerce business practices*.

<sup>10</sup> Alexis Adams (2021), *A Monopoly as Vast as the Amazon: How Amazon’s Proprietary Data Collection is a Violation of the Treaty on the Functioning of the European Union*, *American University International Law Review*, Vol. 36, Iss. 3, Article 4. Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol36/iss3/4>, pág. 12. Disponível em 1 de julho de 2021.

<sup>11</sup> Pranjali, Gupta, (2020) *Competition policy in the age of ‘Big Tech’: Assessing the EU’s approach*, *Cambridge Journal of Science and Polity*, 8, pág. 91.

de fidelidade da Amazon.

Em causa estão os critérios que a Amazon define para selecionar o vencedor da “Caixa de Compra” e para permitir que os vendedores ofereçam produtos aos utilizadores Prime. A “Caixa de Compra” não é reservada para o produto com o melhor preço.

A seleção de um produto pela Amazon para a Caixa de Compra ocorre por meio da operação de um algoritmo complexo que considera uma variedade de fatores. A questão fundamental consiste na possibilidade de ocorrer uma distorção da concorrência entre os comerciantes independentes devido às condições impostas para o acesso à caixa de compra ser desigual.

Os vendedores que oferecem o mesmo produto e que não foram selecionados pelo algoritmo de classificação da Amazon são relegados para as páginas subsequentes<sup>13</sup>.

O algoritmo da Caixa de Compra igualmente afere a elegibilidade de um vendedor para integrar a *Amazon Prime*<sup>14</sup>.

É com base nesses algoritmos que a Amazon decide quais os novos produtos a lançar, o preço de cada oferta individual, a gestão de stocks e a escolha do melhor fornecedor para um produto<sup>15</sup>.

O principal problema relacionado com a *Buy-Box* reside no facto de o algoritmo de seleção do vendedor para integrar a *Buy-Box* não ser observável nem descodificável<sup>16</sup>.

A utilização da *Buy Box* tem sido muito criticada por favorecer produtos de marca própria da Amazon e produtos elegíveis *prime* relativamente aos vendedores que utilizam a plataforma.

O estabelecimento de um mercado *online* para fornecedores e vendedores origina que a Amazon ganhe controlo sobre o meio ambiente tornado os seus concorrentes profundamente dependentes da plataforma<sup>17</sup>.

Assim, os métodos de seleção da Amazon para o vencedor da caixa de compra, poderão considerar fatores que reforçam ainda mais o domínio do mercado de

vendas online da Amazon. Além disso, as grandes plataformas digitais atuam como guardiões e reguladores devido ao seu estabelecimento de regras papel dentro do ecossistema.

#### 4. Self-preferencing e o eventual abuso de posição dominante por parte da Amazon.

A cumulação da função de *gatekeeper* na plataforma de mercado com o poder de regulação que ocorre dentro da plataforma gera para a Amazon uma responsabilidade especial em garantir condições de concorrência equitativas e sem distorções tanto na plataforma como a mercados vizinhos.

Na realidade as plataformas *online* desenvolvem algoritmos de classificação, determinam as condições sob as quais um utilizador empresarial pode entrar na rede e fixar os critérios que rege a suspensão, exclusão ou encerramento de suas contas e dos bens e serviços associados vendidos através da plataforma. Os comportamentos referidos são considerados particularmente ameaçadores da concorrência sempre que um *BigTech* desempenha um papel duplo agindo como um intermediário e como comerciante operando na plataforma, porque em tal circunstância pode discriminar em seu próprio benefício (*self-preferencing*) como é o caso da Amazon. Com efeito, as plataformas *gatekeeper* têm sido acusadas de privilegiar os seus produtos e serviços em relação aos concorrentes ou excluir diretamente os serviços dos concorrentes<sup>18</sup>.

O conceito de self-preferencing tem sido objeto de cada vez mais atenção desde a investigação que decorreu relativamente ao Google Shopping pela Comissão Europeia em novembro de 2010. A situação concreta em análise pela Comissão consistia, entre outros comportamentos, o tratamento mais favorável dado por uma plataforma dominante aos seus produtos ou serviços.

Estamos perante a problemática designada por self-preferencing quando uma

<sup>12</sup> European Commission, (2020) *Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, Brussels, cf. Janger Edward J. and Twersky Aaron D, (2020), *The heavy Hand of Amazon: a Seller Not a Neutral Platform*, Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol14/iss2/3> <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol14/iss2/3>.

<sup>13</sup> Gov UK (2021), *Competition and Market Authority, Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*.

<sup>14</sup> The Office of the Attorney General, *Plaintiff District of Columbia [the “District”], by and through the Office of the Attorney General, brings this action against Defendant Amazon.com, Inc. (“Amazon”) for violations of the District of Columbia Antitrust law Act, D.C. Code §§ 28-4501, et seq. pág 9.*

<sup>15</sup> Vestager Margrethe (2020), *Statement by Executive Vice-President Vestager on Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and second investigation into its e-commerce business practices*.

empresa com o objetivo de incrementar o seu o poder de mercado confere tratamento preferencial aos próprios produtos ou serviços quando estão em concorrência.

A figura da self-preferencing pode assumir a forma de uma recusa em negociar ou uma concorrência distorcida com base na posição dominante no mercado a montante<sup>19</sup>.

Diversos autores têm analisado se este tipo de conduta pode e deve ser considerado abusivo e se a resposta for positiva, a conduta deve ser enquadrada numa categoria de abusos bem estruturada ou considerada como uma nova forma de comportamento abusivo<sup>20</sup>.

Não existe consenso na doutrina acerca desta temática.

O argumento segundo o qual não existe abuso porque a conduta não é subsumível a nenhum dos comportamentos previstos pelo TFUE é errado. (...) Não se compreende este argumento uma vez que as alíneas do artigo 102.º são meramente exemplificativas e o artigo é claro quanto a esta questão. Como afirma Thomas Hoppner "(...) *the list of abusive practices is not exhaustive. The statutory examples and those developed by case law are only some of the ways in which the basic wrong can be committed. In fact, the lack of an exhaustive list of examples of abuse is an essential feature of Article 102 TFEU, as it ensures crucial flexibility when dealing with new types of anti-competitive conduct.* (...) "<sup>21</sup>.

Para certos autores não resulta do artigo 102.º do TFUE uma proibição geral de self-preferencing por empresas dominantes. Assim a autopromoção não é abusiva em abstrato estando em consequência sujeita a uma apreciação casuística.

Quaisquer que sejam os efeitos originados por esta figura a mesma suscita preocupações no que se refere à garantia de uma concorrência não distorcida<sup>22</sup>.

Outros autores defendem que o artigo 102.º (alínea c) do TFUE constitui uma base jurídica simples e sólida para a subsunção da conduta em análise.

Na jurisprudência, o artigo 102.º, alínea c), do TFUE tem sido aplicado predominantemente em contextos em que uma empresa dominante verticalmente integrada procurava tirar partido das suas operações a jusante em detrimento dos concorrentes. Vários casos apresentam uma teoria clara de self-preferencing abusiva<sup>23</sup>.

Segundo Vestager (...) "num mercado caracterizado por barreiras à entrada elevadas,

alguns tipos que integram esta figura podem suscitar sérios problemas no que concerne à concorrência". Afirma Vestager que (...) "Quando consultamos empresas sobre as regras aplicáveis para garantir que as plataformas digitais atuassem com os seus clientes de negócios de forma justa, essas empresas informaram que a self-preferencing adotada pelas plataformas era um dos problemas mais comuns que enfrentavam"<sup>24</sup>.

O artigo 102.º 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".

Por sua vez a alínea c) do artigo 102.º estabelece constituir uma conduta abusiva a que se traduz numa empresa dominante aplicar "condições diferentes a transações equivalentes com outras partes comerciais, colocando-as assim em desvantagem competitiva". Com efeito, a alínea c) do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia abrange situações em que a empresa dominante distorce a concorrência que ocorre entre os seus clientes (ou fornecedores<sup>25</sup>). É esta a situação que corresponde à atuação da Amazon ora analisada.

## 5. O poder da Amazon e a influência do Direito da Concorrência dos Estados Unidos

Também nos Estados Unidos não faltam vozes que se levantam contra as sérias ameaças à economia norte americana consubstanciadas nas várias atuações das plataformas digitais.

Em outubro de 2014, o prêmio Nobel da Economia, Paul Krugman, expressamente solicitou às autoridades norte americanas que adotassem as medidas previstas na legislação norte americana da concorrência contra a Amazon, argumentando que a mesma havia alcançado uma posição poderosa comparável à Standard Oil de Rockefeller<sup>26</sup>.

Refere Krugman que não têm razão os críticos que consideram a Amazon como um monstro quase a controlar toda a economia. A questão essencial reside no facto de o papel desempenhado pela Amazon na economia ser considerado preocupante<sup>27</sup>.

<sup>16</sup> Braulin Francesco Clavorà and Boldrini, Michela (2021), *Taming Tech Giants Algorithms: The Amazon Buy Box Case* – Leibniz Centre for European Economic Research Digital Economy, pág. 1.

<sup>18</sup> Padilha Jorge P, Joe Perkins, and Salvatore Picolo, (2020), *Self-preferencing by gatekeeper platforms: Implications for digital regulation*, Vox EU CEPR.

<sup>19</sup> Bapu Kotapati, et al. (2020), *The Antitrust Case Against Apple*, Yale University, Thurman, Arnold Project Digital Platform Theories of Harm Paper Series: Paper 2, págs. 23 e 24.

<sup>20</sup> Ferrari, Giulia (2020), *Big Tech strategies across markets: the role of self-preferencing in Digital Antitrust*, PhD Thesis, "Università Commerciale" "Luig Boccon PhD School", pág. 65.

<sup>21</sup> Hoppner, Thomas, *Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging*, *European Competition and Regulatory Law Review*, Core, 3/2017, pp.

208 – 221, pág. 4.

Krugman expressou, com firmeza e clareza a sua preocupação ao afirmar que a Amazon como gigante retalhista online, detém muito poder, adotando comportamentos que prejudicam a América<sup>28</sup>.

É necessário sublinhar que a Amazon ao longo dos anos implementou a sua estratégia de domínio do mercado transformando-se num conglomerado.

O Professor de Políticas Públicas, Robert Reich em 2018 afirma que a Amazon é atualmente a via de acesso essencial a muitos produtos para quase um terço de todos os consumidores americanos que desejam comprar algum artigo<sup>29</sup>.

Reich sublinha que a América respondeu aos abusos do poder corporativo da Era Dourada com a aplicação das leis *anti truste* que permitiram ao governo fazer face aos desafios suscitados pelas maiores concentrações<sup>30</sup>.

Reich considera ser o momento de utilizar novamente as ferramentas consagradas pelo Direito da Concorrência<sup>31</sup>. Segundo o autor impõe-se o desmantelamento dos gigantes de alta tecnologia ou, pelo menos exigir que tornem sua tecnologia e dados disponíveis publicamente e compartilhem suas plataformas com concorrentes menores<sup>32</sup>.

Existe consenso quanto ao facto de uma das características principais do mercado digital ser o ressurgimento dos conglomerados.

As grandes empresas de tecnologia alcançaram elevados níveis de diversificação, entrando em mercados relacionados - ou mesmo às vezes em mercados não relacionados - novos mercados. A título exemplificativo, a Amazon expandiu a sua atividade da venda de livros online a diversos produtos vendidos online, incluindo serviços de pagamento, computação em nuvem bem como produção de filmes e distribuição de séries de televisão<sup>33</sup>.

Estamos de acordo com Lina M. Khan quando afirma que de certa forma, a história do domínio crescente e sustentado da Amazon é igualmente a história das alterações na legislação da concorrência<sup>34</sup>.

Desde as décadas de 70 e 80 do século XX houve alteração na doutrina e na legislação norte americanas relativamente à forma de avaliação da concorrência.

As autoridades norte americanas tem adotado uma ótica de curto prazo na análise das práticas restritivas da concorrência. Uma das mudanças mais significativas na legislação da concorrência dos Estados Unidos da América e na interpretação da referida legislação foi o afastamento da teoria designada por estruturalismo

económico e sua substituição pelo pensamento da escola de Chicago.

Esta escola revolucionou a aplicação do direito da concorrência nas décadas de 1970 e 1980 do século XX e apresenta como característica fundamental a defesa da tese segundo a qual o direito da concorrência tem como objetivo essencial a defesa do bem-estar do consumidor traduzido essencialmente da redução dos custos para o consumidor.

Mais precisamente, o pensamento e análise desta escola defende o princípio de que o direito da concorrência deve prosseguir os interesses do consumidor e proteger a concorrência, e não os concorrentes individuais<sup>35</sup>.

A Escola de Chicago defende uma política anti concorrencial minimalista que se concentra em restrições competitivas que não têm subjacentes a ótica de eficiência.

Na sua obra, *The Antitrust Law Paradox* (1978) Robert Bork afirmou que o único objetivo normativo do direito da concorrência deve ser maximizar o bem-estar do consumidor que será eficazmente alcançado através da promoção da eficiência económica.

Assim, os preços praticados junto do consumidor tornaram -se critério decisivo para a avaliação do processo concorrencial nos Estados Unidos.

Nesta ótica a Amazon tem adotado um comportamento que obsta ao escrutínio do governo em parte por adotar uma estratégia consubstanciada na redução de preços para os consumidores<sup>36</sup>.

A abordagem supra referenciada não é correta por que mesmo que o objetivo do direito da concorrência seja a proteção do consumidor esta ocorre não somente através da redução do custo do produto ou serviço, mas igualmente através da qualidade variedade e inovação dos mesmos<sup>37</sup>.

Sem dúvida, o domínio da Amazon decorre em parte de sua vantagem como pioneira no comércio *online* em grande escala. Constitui afirmação pacífica que a Amazon pode alcançar o domínio do mercado e a fidelização do cliente por meio da sua disposição em sustentar perdas e investir agressivamente para aumentar a escala de seus negócios<sup>38</sup>.

Com efeito, a Amazon alcançou a sua posição dominante por meio de uma estratégia consubstanciada em reduções drásticas dos preços e promoção de investimentos avultados com o objetivo de fomentar o crescimento das suas operações. O facto de a Amazon estar disposta a renunciar aos lucros com o

<sup>22</sup> Marty, Frédéric, *Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the issue of Self-Preferencing*, Documents de Travail Working Papers Series GREDEG, Working Paper No. 2021-20 Université Côte d'Azur pág. 18.

<sup>23</sup> Petit, Nicolas, (2015) *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*. *Competition Law & Policy Debate* 1 CLPD (2015) Available SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2592253> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2592253>, Acedido em 14 de maio de 2020, pág. 3.

<sup>24</sup> Vestager, Margrethe, (2020), *"Competition in a digital age"*, European Internet Forum, OECD, Abuse of dominance in digital markets, SPEECH17 (2020) págs. 52 a 54.

<sup>25</sup> Petit Nicolas, (2015) *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*. *Competition Law & Policy Debate* 1 CLPD (2015), Available: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2592253> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2592253>, pág. 3.

objetivo de fomentar o seu crescimento põe em causa uma premissa central da doutrina de preços predatórios contemporânea, que assume que a predação é irracional porque as empresas priorizam os lucros em vez do crescimento. Dessa forma, a estratégia da Amazon permitiu que ela recorresse a táticas de preços predatórios sem acionar o escrutínio da legislação referente aos preços predatórios<sup>39</sup>.

O Direito da Concorrência dos Estados Unidos não toma em consideração as profundas repercussões negativas de certos comportamentos económicos sobre a atividade dos produtores, dos não produtores ou a manutenção da concorrência no mercado como um todo.

Uma alteração da situação descrita poderá ocorrer com a implementação da Ordem Executiva emitida em 9 de julho de 2021 pelo presidente Biden estabelecendo uma política governamental para promover a concorrência económica e estabelecendo 72 iniciativas específicas que buscam “promover os interesses dos trabalhadores, empresas e consumidores americanos” em toda a economia. As preocupações políticas subjacentes e à OE incluem a crença de que a inação do governo federal resultou em menos concorrência em vários setores. Com a OE, a administração tem como premissa fundamental a ênfase na promoção da concorrência por meio de fiscalização através de um Direito da Concorrência fortemente interventor<sup>40</sup>.

Em fevereiro, de 2021 foram apresentados quatro projetos de lei que serão aplicáveis expressamente às grandes empresas de plataforma tecnológicas proibindo as plataformas de favorecer seus próprios produtos e facultando ao *U.S. Department of Justice (DOJ)* e à *Federal Trade Commission* autoridade para propor ações com o objetivo de bloquear aquisições ou forçar plataformas a vender empresas que criam conflitos de interesse e exigir das plataformas uma contribuição para melhorar a capacidade dos utilizadores em transferir seus dados. Outro projeto de lei proposto propõe-se reforçar os orçamentos das agências de

fiscalização.

Por outro lado, Lina Khan, presidente da *Federal Trade Commission* já considerou uma série de resoluções de aplicação da OE que autorizaria a instituição a adotar o que é conhecido como “processo obrigatório” e proceder a investigações de forma abrangente relativamente às práticas comerciais ilegais em toda a economia<sup>41</sup>.

## II

### I. A investigação preliminar e a comunicação de objeções da Comissão Europeia à Apple

Em junho de 2020 a Comissão Europeia iniciou investigações formais contra a Apple.

A Comissão Europeia investiga se os termos e condições exigidos da Apple, bem como outras medidas para integrar a Apple Pay em aplicações e sítios Web de comerciantes nos *iPhones* e *iPads*.

Em 11 de março de 2019, o provedor de *streaming* de música e concorrente da Apple Music, Spotify, apresentou uma reclamação sobre as duas regras nos contratos de licença da Apple com desenvolvedores e as Diretrizes de revisão da *app store* associadas, e o seu impacto na concorrência por serviços de *streaming* de música.

Na sequência de uma investigação preliminar, a Comissão considera que as restrições da Apple podem distorcer a concorrência para os serviços de streaming de música nos dispositivos da Apple. Na sequência de uma investigação preliminar, a Comissão teme que as restrições da Apple possam distorcer a concorrência para os serviços de streaming de música nos dispositivos da Apple. Face às regras estabelecidas pela Apple, os concorrentes da Apple tinham dois procedimentos

<sup>26</sup> Krugman, Paul, (October 19, 2014), *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, *New York Times*. Cf. Budzinski Oliver & Köhler Karoline Henrike, (2015) *Is Amazon the Next Google?* Institute of Economics, October, Vol. 20, pág. 2.

<sup>27</sup> Krugman Paul, (October 19, 2014) *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, *New York Times*. Cf. para maiores desenvolvimentos relativamente ao Direito da Concorrência nos Estados Unidos e da União Europeia, Dabaha Maher (2010), *International and Comparative Law*, Cambridge University Press, págs. 159 e ss.

<sup>28</sup> Krugman, Paul (October 19, 2014) *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, *New York Times*. Cf. Oliver Budzinski & Karoline Henrike Köhler, *Is Amazon the Next Google?* Institute of Economics, October, Vol. 20, No. 97, I.

<sup>29</sup> A estratégia de negócios da Amazon é exemplarmente apresentada por Khan Lina (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, *The Yale Law Journal*.

<sup>30</sup> Robert Reich, (20 November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple, and Amazon)*, *The Guardian International Edition*.

<sup>31</sup> Reich Robert (20 November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple and Amazon)*, *The Guardian International Edition*.

<sup>32</sup> Reich Robert, (20 de November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple and Amazon)*, *The Guardian International Edition*. Para maiores desenvolvimentos cf. Reich Robert B. (2018), *The System Who Triggered How to Fix it*, Vintage. O presidente Teddy Roosevelt considerou inaceitável o comportamento anti concorrencial da *Northern Securities Company*, um colosso ferroviário financiado por JP Morgan and John D. Rockefeller. O Tribunal de Justiça dos EUA apoiou Roosevelt e ordenou o desmantelamento da empresa. Em 1911, o presidente William Howard Taft fragmentou o império da Standard Oil de Rockefeller.

<sup>33</sup> Bourreau, Marc, de Streel Alexandre, (2019), *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, University of Namur, pág. 4.

<sup>34</sup> Khan Lina M., (2017), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, *The Yale Law Journal*, pág. 718.

a seguir: não proceder à assinatura do aplicativo ou aumentarem os preços das assinaturas no aplicativo e repercutir a comissão da Apple nos preços praticados junto aos consumidores.

A Apple também parece deter o controlo total sobre a relação com os clientes de seus concorrentes que assinam o aplicativo, não transmitindo aos seus concorrentes dados importantes de clientes, enquanto a Apple pode obter dados importantes sobre as atividades e ofertas de seus concorrentes.

Nestes processos, a Comissão Europeia averiguava igualmente se as regras da Apple para os criadores de aplicações no âmbito da distribuição de aplicações através da app store violam as regras de concorrência da UE<sup>42</sup>.

As investigações dizem respeito, em particular, à utilização obrigatória do sistema adotado pela Apple de compras integradas em aplicações que permite à Apple cobrar aos criadores de aplicações uma comissão de 30 % sobre as taxas de subscrição.

A investigação incide igualmente sobre as restrições da capacidade dos criadores de aplicações em informarem os utilizadores de iPhone e iPad sobre as possibilidades de compras alternativas a menor custo fora das aplicações. A conduta em questão pode igualmente impedir os criadores de aplicações concorrentes de acederem a dados importantes sobre os clientes, enquanto a Apple pode obter dados valiosos acerca das atividades e ofertas dos seus concorrentes<sup>43</sup>.

Segundo a Comissão Europeia as regras da Apple distorcem a concorrência no mercado de serviços de *streaming* de música ao aumentar os custos dos desenvolvedores de aplicativos de *streaming* de música concorrentes.

Este facto, por sua vez, origina preços mais elevados para os consumidores relativamente às suas assinaturas de música no aplicativo em dispositivos iOS.

As preocupações da Comissão dizem respeito à combinação das seguintes duas regras que a Apple impõe nos seus acordos com os desenvolvedores de aplicativos de *streaming* de música:

A Comissão Europeia confirma a ocorrência das situações já descritas na sua investigação anterior. Continua a considerar preocupante o facto de a Apple cobrar aos desenvolvedores de aplicativos uma comissão de 30% sobre todas as assinaturas compradas por meio do IAP (sistema de compra da Apple) que é obrigatório. A Conclusão vai no sentido de a maioria dos fornecedores de *streaming* ter transferido o valor da comissão para os utilizadores finais, aumentando os preços.

Conclui ainda que a Apple abusou de sua posição dominante em especial na distribuição de aplicativos de *streaming* de música por meio de sua App store distorcendo a concorrência no mercado de *streaming* de música<sup>44</sup>.

A investigação incide igualmente sobre as restrições da capacidade dos criadores de aplicações em informarem os utilizadores de iPhone e iPad sobre as possibilidades de compras alternativas a menor custo fora das aplicações. Confirma-se que a conduta em questão pode impedir os criadores de aplicações concorrentes de acederem a dados importantes sobre os clientes, enquanto a Apple pode obter dados valiosos acerca das atividades e ofertas dos seus concorrentes<sup>45</sup>. O comportamento referido pode constituir uma prática restritiva da concorrência.

## 2. A app store da Apple

A App store da Apple é uma plataforma que permite a intermediação entre consumidores e provedores de dispositivos móveis aplicativos (“aplicativos”). A

<sup>26</sup> Krugman, Paul, (October 19, 2014), *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, New York Times. Cf. Budzinski Oliver & Köhler Karoline Henrike, (2015) *Is Amazon the Next Google?* Institute of Economics, October, Vol. 20, pág. 2.

<sup>27</sup> Krugman Paul, (October 19, 2014) *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, New York Times. Cf. para maiores desenvolvimentos relativamente ao Direito da Concorrência nos Estados Unidos e da União Europeia, Dabaha Maher (2010), *International and Comparative Law*, Cambridge University Press, págs. 159 e ss.

<sup>28</sup> Krugman, Paul (October 19, 2014) *Amazon's Monopsony Is Not O.K.*, New York Times. Cf. Oliver Budzinski & Karoline Henrike Köhler, *Is Amazon the Next Google?* Institute of Economics, October, Vol. 20, No. 97, I.

<sup>29</sup> A estratégia de negócios da Amazon é exemplarmente apresentada por Khan Lina (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, *The Yale Law Journal*.

<sup>30</sup> Robert Reich, (20 November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple, and Amazon)*, *The Guardian International Edition*.

<sup>31</sup> Reich Robert (20 November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple and Amazon)*, *The Guardian International Edition*.

<sup>32</sup> Reich Robert, (20 de November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple and Amazon)*, *The Guardian International Edition*. Para maiores desenvolvimentos cf. Reich Robert B. (2018), *The System Who Triggered How to Fix it*, Vintage. O presidente Teddy Roosevelt considerou inaceitável o comportamento anti concorrencial da *Northern Securities Company*, um colosso ferroviário financiado por JP Morgan and John D. Rockefeller. O Tribunal de Justiça dos EUA apoiou Roosevelt e ordenou o desmantelamento da empresa. Em 1911, o presidente William Howard Taft fragmentou o império da Standard Oil de Rockefeller.

<sup>33</sup> Bourreau, Marc, de Streeck Alexandre, (2019), *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, University of Namur, pág. 4.

<sup>34</sup> Khan Lina M., (2017), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, *The Yale Law Journal*, pág. 718.



interação existente entre aplicativos, lojas de aplicativos e sistemas operacionais de dispositivos móveis inteligentes (“SOs móveis inteligentes”) para dispositivos móveis inteligentes traduz-se da forma que segue.

Cada dispositivo móvel inteligente (o “*hardware*”) executa uma plataforma de software.

O sistema operacional móvel inteligente é uma parte central da plataforma de software.

Pois é o “software do sistema” que controla as funções básicas do *hardware*<sup>46</sup>.

O sistema referido permite que os utilizadores utilizem o dispositivo eletrónico e executem qualquer *software* adicional no mesmo. Para poder adaptar o dispositivo móvel inteligente às suas necessidades individuais, o utilizador necessita de instalar *software* específico (ou seja, aplicativos). Para proceder a esta instalação, o utilizador precisa de *software*, as denominadas “lojas de aplicativos”<sup>47</sup>.

### 3. Os aplicativos e a loja de aplicativos da Apple

Os aplicativos são tipos de *software* otimizados para telemóveis que permite ao utilizador ter acesso ao conteúdo offline armazenado no dispositivo e outros serviços contidos no dispositivo móvel inteligente.

O desenvolvimento de dispositivos móveis inteligentes tem levado ao surgimento de lojas de aplicativos, nomeadamente “plataformas de distribuição digital, constituídas por serviços online e aplicativos relacionados que tem como objetivo permitir aos utilizadores transferir, instalar e gerir uma ampla gama de aplicativos

a partir de um único ponto na interface do *smartphone*<sup>48</sup>.

As lojas de aplicativos representam o principal canal de distribuição por meio do qual os desenvolvedores de aplicativos podem alcançar os seus utilizadores. No caso de dispositivos iOS, a *App store* é a única loja de aplicativos disponíveis e, portanto, controla todo o acesso aos utilizadores IOS.

O Android do Google e o IOS da Apple são os sistemas operacionais mais populares para *smartphones*.

O sucesso do Android e do IOS - como sistemas operacionais para dispositivos móveis inteligentes - reside em grande parte na capacidade do Google e da Apple em acionarem efeitos indiretos de rede e ganharem uma massa crítica de utilizadores em ambos os lados da plataforma<sup>49</sup>.

Existem essencialmente duas lojas de aplicativos principais: a *App store* da Apple e a *Google Play Store*. Os dois aplicativos facultam o acesso a milhões de aplicativos desenvolvidos por centenas de milhares de desenvolvedores.

Este desenvolvimento de mercado é benéfico para empresas e consumidores. Sucede, porém, que as lojas de aplicativos beneficiam igualmente de fortes efeitos de rede. As lojas de aplicativos com mais utilizadores são as mais atraentes para os desenvolvedores de aplicativos. Esta situação gera, por sua vez, a disponibilização de mais aplicativos para os consumidores nessa loja de aplicativos. Devido a esses efeitos de rede, uma *app store* pode tornar-se num gatekeeper, sobretudo se houver apenas uma *app store* disponível num ecossistema móvel, como é o caso da *app store* da Apple<sup>50</sup>.

<sup>35</sup> Drivas Ianni, (2019), *Reassessing the Chicago School of Antitrust Law*, The University of Chicago, The Law School.

<sup>36</sup> Khan Lina M., (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, The Yale Law Journal. No mesmo sentido, Moore, Martin (Editor) Moorean Martin and Tambini Damian, *Digital Dominance-The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple* Oxford, pág. 717.

<sup>37</sup> Office of the Attorney General, Plaintiff District of Columbia (the “District”) (2020) by and through the Office of the Attorney General, brings this action against Defendant Amazon.com, Inc. (“Amazon”) for violations of the District of Columbia Antitrust law Act, D.C. Code §§ 28-4501, et seq. pág. 5.

<sup>38</sup> Adi Purnomo Fajar (2019), *Amazon Anti-Competition Law in the International Political Economy*, Proceedings of the Asia-Pacific, Research in Social Sciences and Humanities, University of Indonesia Conference APRIS), pág. 609.

<sup>39</sup> Khan Lina M., (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, The Yale Law Journal, pág. 155

<sup>40</sup> Mudge Williamson, D and Tabas Matthew H., (2021), *United States: President Biden's Broad Executive Order Emphasizes Antitrust Law Oversight in Many Sectors*. Arnold & Porter, Mondaq. <https://ssrn.com/abstract=3887776>. Acedido em 2 de agosto de 2021.

<sup>41</sup> Khan Lina M., (July 28, 2021), D.C. 20580, *Oral Remarks of Chair Lina M. Khan Before the United States Subcommittee on Consumer Protection and Commerce of the Committee on Energy and Commerce Hearing on, Transforming the FTC: Legislation to Modernize Consumer Protection*, Federal Trade Commission, Washington.

<sup>42</sup> Comissão Europeia, (7.7.2021), *Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e o ao Comité das Regiões, Relatório sobre a Política de Concorrência*, 202073, final, Bruxelas, pág. 19.

<sup>43</sup> Comissão Europeia (7.7.2021), *Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e o ao Comité das Regiões, Relatório sobre a Política de Concorrência*, 202073 final, Bruxelas.

<sup>44</sup> Em 16/06/2020, a Comissão Europeia decidiu dar início a um procedimento, (caso) AT.40437 – (Apple - Práticas de App store (streaming de música) na aceção do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento do Conselho n.º 1/2003 e do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento da Comissão Europeia n.º 773/2004. Cf. *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*.

<sup>45</sup> Comissão Europeia (7.7.2021), *Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e o ao Comité das Regiões, Relatório sobre a Política de Concorrência*, 202073 final, Bruxelas.

<sup>46</sup> Höppler, Thomas and Westerhoff, Philipp and Weber, Jan, *Taking a Bite at the Apple: Ensuring a Level-Playing-Field for Competition on App Stores* (May 13, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3394773> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3394773>.

#### 4. A aplicação da comissão de 30 por cento relativamente a bens e serviços digitais adquiridos por desenvolvedores de aplicativos através da App store

Como já referimos, a utilização obrigatória do sistema de compra *in-app* propriedade da Apple ("IAP") para a distribuição de conteúdo digital pago gerou uma situação em que a maioria dos fornecedores de *streaming* repercutem a comissão referida nos preços praticados relativamente aos utilizadores finais, aumentando, assim, os preços. Com efeito, a declaração de objeções acompanha especificamente as preocupações levantadas por provedores de *streaming* de música que concorrem diretamente com a *Apple Music*, incluindo a Spotify. Numa análise preliminar a Comissão Europeia considerou que a Apple exerce considerável poder de mercado na distribuição de aplicativos de *streaming* de música para proprietários de dispositivos Apple detendo o monopólio do mercado. A empresa não controla apenas o acesso a aplicativos em dispositivos Apple, também oferece um serviço de *streaming* de música, o *Apple Music*, que concorre com outros aplicativos disponíveis na *app store* da Apple, como a Spotify ou Deeze<sup>51</sup>.

As condições exigidas pela Apple afetam todos os serviços de *streaming* de música que concorrem com a *Apple Music*.

E as regras da *app store* constituem uma preocupação para muitos desenvolvedores de aplicativos em geral. Com efeito, os desenvolvedores dependem da Apple App

store para aceder aos utilizadores de iPhones e iPads da Apple o que poderá garantir o seu sucesso .

A Comissão Europeia considerou na sua abordagem preliminar que as regras da Apple distorcem a concorrência no mercado de serviços de *streaming* de música ao aumentar os custos dos desenvolvedores de aplicativos de *streaming* de música concorrentes. Esta situação origina preços mais elevados para os consumidores relativamente às suas assinaturas de música no aplicativo em dispositivos IOS. Geradin e Katsifis (2020) sustentam que determinadas práticas adotadas pela Apple relativamente à sua *App store* inserem-se no âmbito de aplicação do artigo 102.º do TFUE<sup>53</sup>.

Numa primeira abordagem consideram que a Apple é monopolista no mercado de distribuição de aplicativos no iOS, uma vez que não está sujeita a nenhuma restrição competitiva significativa de canais de distribuição alternativos, como lojas de aplicativos Android.

Assim a Apple é *gatekeeper* relativamente aos desenvolvedores de aplicativos para alcançar os utilizadores iOS. Essa posição faculta à Apple o poder de adotar várias práticas anti concorrenciais. Uma primeira questão suscitada pelos autores traduz-se no facto de a Apple poder explorar os desenvolvedores de aplicativos cobrando taxas excessivas pelos serviços que fornece e impondo condições comerciais injustas.

Para proceder à análise do carácter anti concorrenciais de uma conduta, os elementos constitutivos de qualquer infração prevista no artigo 102.º do TFUE

<sup>35</sup> Drivas Ianni, (2019), *Reassessing the Chicago School of Antitrust Law*, The University of Chicago, The Law School.

<sup>36</sup> Khan Lina M., (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, The Yale Law Journal. No mesmo sentido, Moore, Martin (Editor) Moorean Martin and Tambini Damian, *Digital Dominance-The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple* Oxford, pág 717.

<sup>37</sup> Office of the Attorney General, Plaintiff District of Columbia (the "District") (2020) by and through the Office of the Attorney General, brings this action against Defendant Amazon, Inc. ("Amazon") for violations of the District of Columbia Antitrust law Act, D.C. Code §§ 28-4501, et seq. pág 5.

<sup>38</sup> Adi Purnomo Fajar (2019), *Amazon Anti-Competition Law in the International Political Economy*, Proceedings of the Asia-Pacific, Research in Social Sciences and Humanities, University of Indonesia Conference APRIS), pág 609.

<sup>39</sup> Khan Lina M., (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, The Yale Law Journal, pág. 155

<sup>40</sup> Mudge Williamson, D and Tabas Matthew H., (2021), *United States: President Biden's Broad Executive Order Emphasizes Antitrust Law Oversight in Many Sectors*. Arnold & Porter, Mondaq. <https://ssrn.com/abstract=3887776> . Acedido em 2 de agosto de 2021.

<sup>41</sup> Khan Lina M., (July 28, 2021), D.C. 20580, *Oral Remarks of Chair Lina M. Khan Before the United States Subcommittee on Consumer Protection and Commerce of the Committee on Energy and Commerce Hearing on, Transforming the FTC: Legislation to Modernize Consumer Protection*, Federal Trade Commission, Washington.

<sup>42</sup> Comissão Europeia, (7.7.2021 ), Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e o ao Comité das Regiões, *Relatório sobre a Política de Concorrência*, 202073, final, Bruxelas, pág. 19.

<sup>43</sup> Comissão Europeia (7.7.2021), Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e o ao Comité das Regiões, *Relatório sobre a Política de Concorrência*, 202073 final, Bruxelas.

<sup>44</sup> Em 16/06/2020, a Comissão Europeia decidiu dar início a um procedimento, (caso) AT.40437 – (Apple - Práticas de App store (streaming de música) na aceção do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento do Conselho n.º 1/2003 e do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento da Comissão Europeia n.º 773/2004. Cf. *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*.

<sup>45</sup> Comissão Europeia (7.7.2021), Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e o ao Comité das Regiões, *Relatório sobre a Política de Concorrência*, 202073 final, Bruxelas.

<sup>46</sup> Höppler, Thomas and Westerhoff, Philipp and Weber, Jan, *Taking a Bite at the Apple: Ensuring a Level-Playing-Field for Competition on App Stores* (May 13, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3394773> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3394773>.

são os seguintes: posição dominante por uma empresa ou empresas no mercado interno ou em parte substancial do mesmo, exploração abusiva na medida em que seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros.

Para o efeito, os autores procedem à análise da verificação dos pressupostos do artigo 102.º do TFUE em relação à Apple e concluem que a mesma detém uma posição dominante no “mercado de distribuição de aplicativos no “IOS”. Previamente procedem à análise da sujeição a restrições concorrenciais de canais de distribuição alternativos e, em especial, a ocorrência de transações diretas entre desenvolvedores de aplicativos e utilizadores de aplicativos e a existência de lojas de aplicativos alternativas.

É delimitado o mercado relevante do produto considerando-se que o mesmo é constituído pela app store.

O mercado do produto determina-se pelo critério da elasticidade cruzada da procura. Ambos os mercados estão relacionados com a substituíbilidade do produto 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 delimitação do mercado do produto é adotado o conceito da elasticidade cruzada da procura. Resulta da adoção deste critério que se traduz que os utilizadores do aplicativo dificilmente mudarão para uma loja de aplicativos Android em resposta a um aumento de 5% -10% nas taxas de distribuição da App, o mesmo sucedendo com os desenvolvedores de aplicativos.

A Comissão concluiu no mesmo sentido ao frisar que os utilizadores de dispositivos da Apple são muito leais à marca e não mudam facilmente. Consequentemente, para atender aos utilizadores iOS, os desenvolvedores de aplicativos devem distribuir os seus aplicativos através da app store, sujeitos às regras obrigatórias e não negociáveis da Apple.

Com efeito, os dispositivos Apple são utilizados por milhões de europeus e os utilizadores são muito leais. A título exemplificativo, os proprietários de um dispositivo Apple provavelmente não mudarão para outro dispositivo com a Google Play Store apenas porque o streaming de música é mais caro na Apple app store. Assim, a Google Play Store não constitui uma alternativa eficaz para alcançar os milhões de proprietários de dispositivos Apple que só podem usar a app store da Apple para comprar os seus aplicativos. Para alcançar os utilizadores da Apple, os provedores de streaming de música necessitam de aceder à app store da Apple e aceitar as regras que a mesma lhes impõe<sup>54</sup>.

A Apple impõe uma comissão obrigatória de 30 por cento sobre o preço de compra inicial de todos os aplicativos como já foi enunciado supra<sup>55</sup>.

Estamos aqui também, como no caso Amazon supra analisado, perante uma situação em que a Apple adota um comportamento restritivo da concorrência e denominado pela doutrina por *self-preferencing*.

Já se procedeu à análise da *self-preferencing* como prática suscetível de restringir a concorrência em relação à Amazon e pelas razões aduzidas em relação a esta gigante tecnológicas consideramos esta prática adotada pela Apple como preenchendo os requisitos do artigo 102º do TFUE.

A Apple tem suscitado uma particular atenção na União Europeia, nos Estados Unidos e nos Estados-membros da União Europeia.

A título meramente exemplificativo, a Autoridade da Concorrência dos Países Baixos num extenso e minucioso relatório, apresenta os resultados de um estudo de mercado relativo à Apple e concluiu que a maioria dos provedores de aplicativos têm poder de negociação limitado em relação à loja de aplicativos<sup>56</sup>. Uma loja com aplicativos populares contribui para a atratividade do ecossistema, o que significa que a Apple e o Google têm um incentivo para ajudar os fornecedores de aplicativos. Mas existe outra dimensão que pode pôr em causa o cumprimento

<sup>47</sup> Höppner, Thomas and Westerhoff, Philipp and Weber, Jan, Taking a Bite at the Apple: Ensuring a Level-Playing-Field for Competition on App Stores (May 13, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3394773> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3394773>.

<sup>48</sup> Geradin, Damien and Katsifis, Dimitrios, The Antitrust Case against the Apple App Store (Revisited) (December 7, 2020). TILEC Discussion Paper No. DP2020-035, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3744192> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3744192>.

<sup>49</sup> Geradin, Damien and Katsifis, Dimitrios, The Antitrust Case against the Apple App Store (Revisited) (December 7, 2020). TILEC Discussion Paper No. DP2020-035, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3744192> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3744192>, pág. 8.

<sup>50</sup> Vestager Margrethe (2021), *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*, Press Release, Brussels.

<sup>51</sup> Vestager Margrethe (2021), *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*, Press Release, Brussels.

<sup>52</sup> Vestager Margrethe (2021), *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*, Press Release, Brussels.

<sup>53</sup> Geradin, Damien and Katsifis, Dimitrios, *The Antitrust Case against the Apple App Store (Revisited)* (December 7, 2020). TILEC Discussion Paper No. DP2020-035, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3744192> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3744192>.

<sup>54</sup> Vestager Margrethe (2021) *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*, Press release, Brussels.

das regras do Direito da Concorrência do país que consiste no facto de a Apple concorrer diretamente com uma seleção de fornecedores de aplicativos de terceiros e que tem igualmente um incentivo para favorecer os seus próprios aplicativos em relação aos aplicativos dos seus concorrentes.

Com base neste mercado a ACM identificou três condutas que podem justificar uma investigação mais aprofundada:

1. A Apple favorecer os seus próprios aplicativos em vez de aplicativos de outros fornecedores<sup>57</sup>.

2. A Apple promover um tratamento desigual de aplicativos em geral.

3. A falta de transparência por parte da Apple.

A Comissão Europeia de forma implícita vê reforçadas as preocupações evidenciadas nas suas comunicações.

## 5. Conclusão

Neste artigo pretende-se contribuir para a análise das verificações e conclusões existentes até ao momento relativamente a comportamentos adotados pela Amazon e Apple suscetíveis de afetar a concorrência na União Europeia.

Procedeu-se à análise da investigação formal de 17 de julho de 2019 da Comissão Europeia com o objetivo de avaliar se a utilização por parte da Amazon de dados confidenciais de retalhistas independentes que vendem no mercado através da Amazon viola as regras de concorrência da União Europeia.

A Amazon em 2021 foi informada pela Comissão que considera numa fase preliminar ocorrer violação das regras direito da concorrência da UE devido ao facto de a Amazon distorcer a concorrência nos mercados retalhistas *online*.

A Comissão Europeia investiga se a Amazon utilizou dados confidenciais de retalhistas na sua plataforma e em seu benefício (para reduzir o preço de seus próprios produtos e conseguir posicionar de forma privilegiada nas pesquisas) abusando de sua posição sobre os retalhistas (artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ou em conluio com eles (TFUE- artigo 101.º)

Após análise do facto conclui-se que estamos perante uma situação de *self-preferencing* e considera-se que este comportamento preenche os pressupostos do artigo 10.2º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Esta figura não gera consenso entre a doutrina, sendo abordadas as várias perspetivas sobre a temática.

Posteriormente verifica-se que a influência do Direito da Concorrência Norte-americano foi determinante para o surgimento de conglomerados digitais como a Amazon.

A Comissão Europeia enviou uma comunicação de objeções à Apple em 2021.

A Comissão concluiu preliminarmente que a Apple detém uma posição dominante no mercado de distribuição de aplicativos de *streaming* de música por meio de sua *app store*.

As regras da Apple distorcem a concorrência no mercado de serviços de *streaming* de música ao aumentar os custos dos desenvolvedores de aplicativos de *streaming* de música concorrentes. Este facto origina preços mais elevados para os consumidores relativamente às suas assinaturas de música no aplicativo em dispositivos iOS.

As investigações dizem respeito à utilização obrigatória do sistema adotado pela Apple de compras integradas em aplicações que permite à Apple cobrar aos criadores de aplicações uma comissão de 30% relativa a bens e serviços digitais adquiridos através da *app store*. Estas regras podem gerar a aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Resulta da análise efetuada pelos autores referidos e das comunicações da Comissão Europeia que a estrutura do direito da concorrência consagrada nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, continua a fornecer uma base bem estruturada para proteger a concorrência no mercado digital.

O Direito da Concorrência da União Europeia evoluiu e adotou soluções adequadas para vencer vários desafios e mudanças de circunstâncias com base em sólidos factos empíricos. Simultaneamente os princípios fundamentais das regras de concorrência da UE foram preservados integralmente.

<sup>59</sup> Crémer Jacques, de Montjoye Yves, Schweitzer, Alexandre and Heike (2019): Competition for the Digital Era, Final Report, pág 3. No mesmo sentido cf. Comissão Europeia, (2020) 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, pág 1.

## Bibliografia

- Alexi, Adams (2021), "A Monopoly as Vast as the Amazon: How Amazon's Proprietary Data Collection is a Violation of the Treaty on the Functioning of the European Union," *American University International Law Review*: Vol. 36: Iss. 3, Article 4. Available at: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol36/iss3/4> . Acedido em 12 de junho de 2021.
- Adi Purnomo Fajar, (2019) Amazon Anti-Competition Law in the International Political Economy, *Proceedings of the Asia-Pacific, Research in Social Sciences and Humanities, University Indonesia, Conference APRIS*.
- Autoriteit Consumenten Markt, The Netherlands Authority for Consumers & Markets Public Market, (2019) Study into Mobile App stores Case no. ACM/18/032693.
- Kotapati Apu, et al, (maio de 2020), The Antitrust Case Against Apple, Yale University Thurman, Arnold Project, Digital Platform Theories of Harm Paper Series, Paper 2.
- Braulin Francesco Clavorà and Boldrini, Michela (2021), Taming Tech Giants Algorithms: The Amazon Buy Box Case – Leibniz Centre for European Economic Research Digital Economy.
- Ferrari, Giulia, Big Tech strategies across markets: the role of self-preferencing in Digital Antitrust, PhD Thesis, "Università Commerciale", "PhD School".
- Bourreau, Marc, de Streeck and Bocconi Alexandre Luig (2019) Digital Conglomerates and EU Competition Policy, University of Namur.
- Udzinski Oliver & Köhler Karoline Henrike, (2015). "Is Amazon The Next Google?" *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, De Gruyter*, vol. 66(1), pages 263-288, January.
- Cappai Marco and Colangelo Giuseppe, (2020), Navigating the Platform Age: the 'More Regulatory Approach' to Antitrust Trust Law in the EU and the U'S, *TTLF Working Papers n.º 55, Transatlantic Technology Law Forum, Vienna*.
- Crémer Jacques Yves, de Montjoye Alexandre and Schweitzer Heike (2019) Report Competition Policy for the Digital Era, Advisers to the European Commission.
- Comissão europeia, (2017), Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre a revisão intercalar relativa à aplicação da Estratégia para o Mercado Único Digital- Um Mercado Único Digital conectado para todos, COM (2017) 228 final, Bruxelas.
- 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 COM (2020) 302 final, Relatório sobre a Política de Concorrência 2019, {SWD (2020) 126 final, Bruxelas.
- Drivas Ianni, (2019) Reassessing the Chicago School of Antitrust Law, The University of Chicago, The Law School.
- European Commission, (2020), Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices, Press Release, Brussels.
- European Commission, (2020) 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).
- European Commission, (30 de April 2021) Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App store rules for music streaming providers, Press release, Brussels.
- dward J. Janger & Aaron D. Twerski, The Heavy Hand of Amazon: A seller not a neutral Plataform (2020). Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjcfcl/vol14/iss2/3>
- Geradin, Damien and Katsifis Dimitrios, (7 de dezembro de 2020), The Antitrust Case against the Apple App store (revisited) TILEC Discussion Paper No. DP2020-035; SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3744192> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3744192> . Acedido em 14 de junho de 2021.
- Gov UK (2021), Competition and Market Authority, Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers. Acedido em 2 de julho de 2021.
- Hanley, Daniel (2021) Report - Eyes Everywhere, Part 2: Amazon's Surveillance Infrastructure and Revitalizing a Fair Marketplace, Open Markets.
- Hovenkamp, Herbert, President Biden's Executive Order on Promoting Competition: An Antitrust Analysis, (July 18, 2021). U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 2124, Available SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3887776> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3887776>. Acedido em 2 de agosto de 2021.
- Höppner Thomas, Westerhoff Philipps and Weber Jan, (2019) Taking a Bite at the Apple: Ensuring a Level-Playing-Field for Competition on App stores, Hausfeld, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3394773> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3394773>. Acedido em 12 de junho de 2021.
- Krugman, Paul (2014) Amazon's Monopsony Is Not O.K., *New York Times*, October 19 202.

Khan Lina (2016), *Amazon's Antitrust Law Paradox*, *The Yale Law Journal*.

Khan Lina M, (July 28, 2021), D.C. 20580, Oral Remarks of Chair Lina M. Khan Before the United States Subcommittee on Consumer Protection and Commerce of the Committee on Energy and Commerce Hearing on "Transforming the FTC: Legislation to Modernize Consumer Protection" Federal Trade Commission, Washington.

Marty Frédéric, (2021), *Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the Issue of Self-Preferencing?* CNRS – GREDEG – Université Côte d'Azur, Working Paper.

Moore, M., & Tambini, D. (Eds.), (2018). *Digital dominance: The power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, New York, NY: Oxford University Press.

OECD, (2020) *Abuse of dominance in digital markets*, SPEECH17.

Padilha Jorge P, Joe Perkins and Salvatore Picolo, (2020), *Self-preferencing by gatekeeper platforms: Implications for digital regulation*, Vox EU CEPR.

Petit, Nicolas, (2015) *Theories of Self-Preferencing Under Article 102. ° TFEU: A Reply to Vesterdorf*, *Competition Law & Policy Debate*1 CLPD (2015, Available at SSRN:<https://ssrn.com/abstract=2592253>, Acedido em 2 de julho de 2021.

Pranjali, Gupta, (2020), *Competition policy in the age of 'Big Tech': Assessing the EU's approach*, *Cambridge Journal of Science and Polity*,8.

Reich, Robert, (20 November 2018), *Break up Facebook (and while we're at it, Google, Apple and Amazon)*, *The Guardian International Edition*. Vestager Margrethe, Comissária responsável pela Concorrência (2016) *Prefácio ao Relatório Anual sobre a Política da Concorrência*.

Vestager. Margrethe (2020), "Competition in a digital age", *European Internet Forum*, Vestager Margrethe (2021), *Statement by Executive Vice-President Vestager on Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and second investigation into its e-commerce business practices*.

Vestager Margrethe, (30/04/2021), *Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on the Statement of Objections sent to Apple on App store rules for music streaming providers*, Press release, Brussels.

The Office of the Attorney, General, Plaintiff District of Columbia (the "District"), by and through the Office of the Attorney General, brings this action against Defendant Amazon.com, Inc. ("Amazon") for violations of the District of Columbia Antitrust law Act, D.C. Code §§ 28-4501.

## Acórdãos

Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 30 de setembro de 2003, *Michelin II* (T-203/01), C.J. (2003) II-4071.