

Conferência “Regulação Digital” organizada pela Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade de Informação

Regulação dos mercados digitais

16 de novembro de 2022

Miguel Moura e Silva

Gostaria de começar por agradecer ao Professor João Confraria e à Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação, o amável convite para participar neste evento. Estendo também um cumprimento especial ao Professor Amado da Silva, que tem dado ao longo da sua carreira um notável contributo para a regulação e defesa da concorrência, quer no plano académico, quer como presidente do conselho de administração da ANACOM.

O tema proposto para este painel é a regulação dos mercados digitais. Devo, no entanto, dizer que, do meu ponto de vista, existem assinaláveis diferenças entre o âmbito, os fundamentos e os instrumentos de intervenção da regulação sectorial e aqueles que subjazem à aplicação das regras de defesa da concorrência.

Quanto ao âmbito, convém sublinhar que, enquanto Estados-membros da União Europeia, estamos inseridos numa ordem regida pelo princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência. Ora, numa economia de mercado, a livre concorrência é o regime-regra de organização económica. Já a intervenção regulatória em sentido próprio assume-se como sectorial e excecional: ou seja, apenas há regulação onde e na medida em que o legislador, nacional ou da União, entenda que esta é necessária.

Relativamente aos fundamentos, enquanto a defesa da concorrência está focada num tipo específico de falhas de mercado - as que resultam do poder de mercado criado ou exercido pelas empresas -, a regulação e a supervisão sectoriais dirigem-se a outras falhas de mercado, prosseguindo objetivos que podem ser de natureza económica, mas também de carácter social.

Poder-se-á, todavia, dizer, que no caso da regulação dos monopólios naturais temos uma aproximação, posto que aqui estamos também perante uma falha de mercado resultante do poder de mercado. Mas uma análise mais cuidada destes casos revela fundamentos distintos para a intervenção pública.

No caso dos monopólios naturais, a concorrência – entendida como a abertura ou até a promoção da entrada de novos concorrentes não resolve o problema; antes tende a gerar

desperdício de recursos sociais, chegando ao fim com o mesmo resultado: uma única empresa a fornecer o bem ou prestar o serviço em causa.

Daí que a regulação sectorial seja, também aqui, finalística. Quero com isto dizer que ela se preocupa com o resultado, o desempenho ou a “performance” do paradigma da Economia Industrial, intervindo de modo a assegurar que o resultado se aproxima do ótimo social, rivalizando com a disciplina da concorrência por via de instrumentos regulatórios (e.g., *price-caps*, etc.).

Ora, a intervenção das autoridades de concorrência é, sobretudo, procedimental. Ou seja, assenta na ideia de que a concorrência promove uma afetação eficiente de recursos, protege um mecanismo descentralizado de tomada de decisões económicas no mercado, gera pressão para que as empresas sejam mais eficientes, não apenas a curto prazo como também a longo prazo e, *last but not least*, protege o bem-estar dos consumidores face aos riscos de apropriação pelos produtores pela atuação de cartéis e monopólios ou empresas em posição dominante.

Note-se que mesmo quando uma autoridade de concorrência pune um cartel, ela é agnóstica quanto ao nível de preços após a sanção. É verdade que existem muitos estudos a demonstrar que, cessada a colusão, os preços tendem a diminuir (quando existe um parâmetro concorrencial antes do entendimento colusório, este efeito é particularmente visível), mas esse não é o resultado imediato da condenação - é o jogo da livre concorrência, eliminada que foi a restrição à mesma resultante do cartel, que leva a esse efeito de aproximação dos preços ao nível concorrencial.

Porque o tempo é escasso, permitam-me passar agora ao tema central deste painel: os mercados digitais. É por demais evidente a importância que estes mercados assumem no nosso dia a dia, tendo as tecnologias digitais sido decisivas para que pudéssemos manter as nossas atividades profissionais nas piores fases desta pandemia.

Como tem sido apontado em diversos estudos, com destaque para aqueles que foram publicados em 2019, como o Furman Report no Reino Unido, o Stigler Report nos Estados Unidos, ou o Relatório Crémer na União Europeia, os mercados digitais e, em especial as plataformas digitais, apresentam certas características que os tornam especialmente vulneráveis a práticas anticoncorrenciais:

- Economias de escala substanciais (custos marginais próximos do zero);
- Externalidades positivas de rede diretas e indiretas;
- Mercados multiface ou *multi-sided*, que geram dependência e efeitos de cativação ou *lock-in* dos utilizadores;
- Integração vertical e conglomeral (os chamados ecossistemas digitais);
- Vantagens decorrentes do acesso e processamento de dados em larga escala.

Estas características fazem com que estes mercados favoreçam um desfecho em que a empresa que se destaca acaba por dominar todo o mercado. Embora seja verdade que, em alguns casos,

a digitalização permite maior concorrência, a ideia de que a concorrência “está apenas a um clique de distância” é falaciosa. Na verdade, depois de o mercado se ter inclinado a favor de uma empresa, é cada vez mais difícil destroná-la, pelo menos depois de se ter atingido uma certa massa crítica.

Outro problema é que essa inclinação do plano de jogo pode ser o resultado de comportamentos abusivos, que permitem a alavancagem de posições dominantes para mercados conexos e a exploração dos utilizadores profissionais e dos consumidores finais.

Mas será este um fenómeno totalmente novo para as autoridades da concorrência? Na verdade, mesmo na União Europeia, os primeiros casos ligados ao sector das Tecnologias de Informação remontam aos anos 80, destacando-se a intervenção da Comissão quanto a práticas da IBM relativas ao Sistema 370, solucionadas com recurso a obrigações de assegurar a interoperabilidade com produtos concorrentes e a garantir a possibilidade de acesso a serviços de manutenção prestados por terceiros.

Já os anos 90 foram dominados pela saga da Microsoft, condenada nos Estados Unidos e na União Europeia, neste caso, já nos anos 2000. Neste século, e especialmente nos mandatos da Comissária e atual Vice-Presidente Vestager, assistimos a uma crescente intervenção da Comissão Europeia nos mercados digitais, com várias decisões relativas à Google, entre outras, e investigações a praticamente todas as grandes empresas tecnológicas.

No âmbito da Rede ECN, as autoridades nacionais também têm atuado com sucesso nestes mercados, destacando-se aqui as decisões das autoridades alemã e francesa. Como não posso deixar de referir, este é também o caso da AdC que, logo em 2019, lançou um [Issues Paper sobre Ecossistemas Digitais, Big Data e Algoritmos](#), tendo criado recentemente uma *Task Force* para os mercados digitais. Um dos resultados destas iniciativas foi a investigação relativa a práticas da Google, caso que foi, entretanto, avocado pela Comissão Europeia, após esta ter decidido alargar investigações em curso às práticas em causa e ao mercado português.

Dito isto, a percepção que resulta dos estudos de 2019, em especial do Furman Report e do Relatório Crémer é que as intervenções das autoridades da concorrência tendem a ser morosas, casuísticas e tardias, pois quando o caso é definitivamente decidido após os recursos judiciais, os mercados evoluíram, mudando o contexto e o impacto das práticas.

Na verdade, as críticas à morosidade são mais fundadas quando aplicadas à Comissão Europeia e, em especial, alguns processos com investigações muito longas. Já as intervenções das autoridades francesa e alemã têm sido rápidas e eficazes. Mas quanto ao carácter casuístico, este resulta da própria natureza das regras de concorrência, desenhadas em torno de cláusulas gerais de proibição, cujo sentido exige uma aplicação prática da qual se possam extrair princípios e regras de conduta.

Este último aspeto explica o porquê da importância que alguns casos têm na formulação de princípios que orientam a aplicação futura das regras de concorrência, balizando os limites da atuação de empresas dominantes de forma a promover a concorrência pelo mérito, mas ao mesmo tempo dissuadindo comportamentos abusivos.

É neste contexto que surge o *Digital Markets Act*, uma das respostas do legislador da União aos desafios colocados pela regulação dos mercados digitais. Por razões de tempo, limitar-me-ei a duas observações a este propósito, sob o prisma de uma autoridade de concorrência.

A primeira refere-se aos objetivos e à definição das proibições e obrigações que o DMA cria para os chamados *gatekeepers*. Por razões que têm que ver com a base jurídica do DMA, este é caracterizado como legislação ligada ao funcionamento do mercado interno e à harmonização (na verdade unificação) de legislações, afirmando-se categoricamente que este não é direito da concorrência, sendo complementar a este, mas diferente dele (considerando 11 e Artigo 1, n.º 6 do DMA). Significa isto que as empresas que venham a ser classificadas como *gatekeepers* podem ficar sujeitas aos dois conjuntos de regras, caso sejam dominantes na aceção do artigo 102.º TFUE.

A verdade, porém, é que existe uma relação de proximidade entre o DMA e as regras de concorrência:

- O conceito de *gatekeepers* é um *ersatz* (sucédâneo) do conceito de posição dominante (ou talvez de superdominância);
- O conceito de serviços essenciais de plataformas evita a questão da definição de mercados, mas visa lidar com questões de alavancagem e criação de barreiras artificiais à entrada, bem conhecidas das autoridades de concorrência;
- As práticas definidas nos artigos 5.º, 6.º e 7.º vieram positivar princípios desenvolvidos na prática da Comissão ou nos estudos sobre a necessidade de aperfeiçoar o sistema de proibição de abusos de posição dominante;
- Os conceitos de *fairness* e *contestability* são também familiares ao direito da concorrência.

Podemos assim dizer que os problemas que se colocam no novo domínio de regulação são, pelo menos, muito semelhantes aos que já eram conhecidos da prática das autoridades de concorrência. Onde estão então as diferenças? Irei destacar seis:

- 1) A abordagem de tipificação dos serviços essenciais de plataformas contrasta com a necessidade de definição de mercados em casos de abuso, com especiais dificuldades em mercados digitais;
- 2) O âmbito subjetivo é definido pela designação de *gatekeepers*, contrastando com a natureza *ad hoc* da atuação das autoridades de concorrência;
- 3) As proibições são densificadas nas listas dos artigos 5.º, 6.º e 7.º, podendo ser ajustadas - o chamado *future-proofing* - contrariamente à abordagem casuística e de raciocínio por analogia e dedução da aplicação da proibição do abuso de posição dominante;
- 4) A *ratio* das proibições é de uma interdição de condutas *per se*, sem qualquer análise de efeitos, cada vez mais exigida em casos de aplicação do artigo 102.º do TFUE;

- 5) Contrariamente ao que sucede no âmbito do artigo 102.º TFUE, os *gatekeepers* não podem justificar a sua conduta com base em alegações de ganhos de eficiência que superem os efeitos anticoncorrenciais;
- 6) Por fim, a justificação objetiva das condutas é mais limitada no DMA do que no conceito aberto empregue na aplicação do artigo 102.º

A segunda observação refere-se às implicações do DMA para as regras de concorrência.

O DMA procura deixar claro que o seu propósito é essencialmente regulatório, sendo “complementar, mas diferente” das regras de concorrência. Na verdade, o DMA veio operar uma revolução copernicana, que revela uma natureza distinta das regras de defesa da concorrência. Talvez um dos pontos mais importantes do DMA seja o considerando 5, que reconhece que os processos de mercado são frequentemente incapazes de garantir resultados económicos equitativos no que se refere aos serviços essenciais de plataformas. Ora, essa é uma função que, pelas razões que referi no início desta intervenção, se insere no âmbito da regulação. Ou seja, o DMA exprime o desencanto do legislador da União com o resultado da concorrência nestes mercados, propondo-se assegurar determinados resultados através de uma abordagem regulatória aos serviços nele designados.

Todavia, isto não significa que o DMA vem de alguma forma prejudicar a aplicação das regras de concorrência. O que ocorre é um reforço dos mecanismos de intervenção, mantendo intacta a aplicabilidade daquelas regras, quer pela Comissão, quer pelas Autoridades Nacionais de Concorrência.

A fórmula escolhida pelo legislador europeu significa que a função das regras de concorrência não será modificada para acolher preocupações que lhes sejam estranhas. A aplicação das regras de concorrência continuará a ser orientada para a proteção do processo concorrencial e não para a concretização de resultados pré-determinados. Tal como a Comissão e as suas congéneres da Rede ECN, a Autoridade da Concorrência não deixará de estar atenta a estes mercados e a intervir sempre que tal seja necessário para a proteção de um ambiente concorrencial, em defesa dos interesses dos consumidores.

Muito obrigado pela vossa atenção.