



CIDEEFF

WORKING PAPERS

Nº 8 / 2023

A REGULAMENTAÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS: IMPACTOS E NOVOS PARADIGMAS

UMA NOVA LUZ NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA?

José Vaz Serra Cabrita



CIDEEFF

fct

Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia



CIDEEFF

CIDEEFF WORKING PAPERS

ISSN: 2795-4218

-

Nº8/2023

FALHAS DE MERCADO NUMA ECONOMIA GLOBALIZADA

A Regulamentação dos Mercados Digitais: Impactos e Novos Paradigmas

Uma nova luz no Direito da Concorrência?

Author

José Vaz Serra Cabrita

WP Coordinators

Ana Paula Dourado

Pedro Infante Mota

Miguel Moura e Silva

Nazaré da Costa Cabral

Publisher

**CIDEEFF - Centre for Research in
European, Economic, Fiscal and Tax Law**

www.cideeff.pt | cideeff@fd.ulisboa.pt



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa



Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

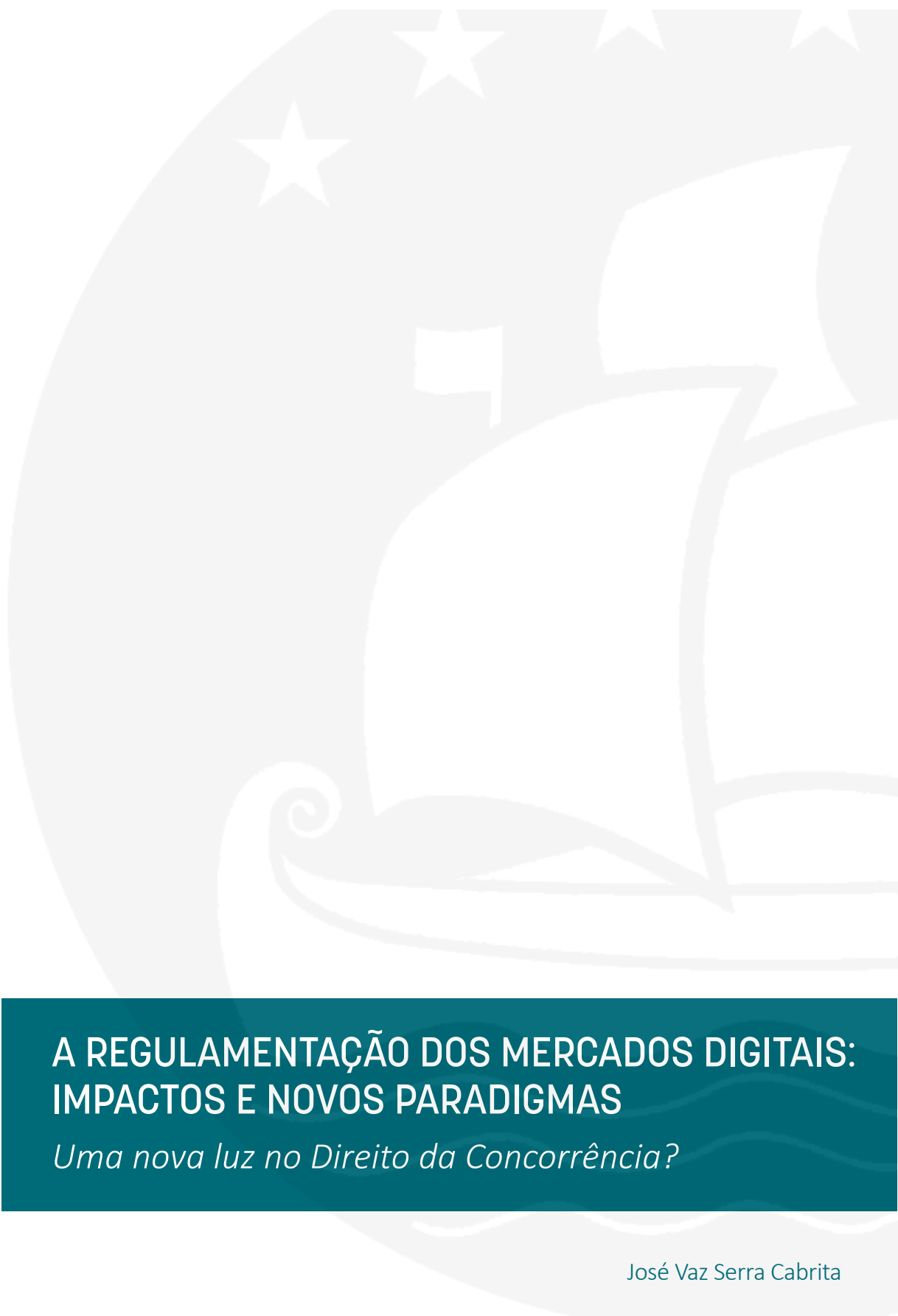
Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UIDB/04176/2020

-

Design & Production

OH! Multimedia

mail@oh-multimedia.com



A REGULAMENTAÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS: IMPACTOS E NOVOS PARADIGMAS

Uma nova luz no Direito da Concorrência?

José Vaz Serra Cabrita

Índice

Resumo / Abstract

(pag. 4) ►

1. Considerações Introdutórias

(pag. 5) ►

2. Da necessidade de regulação dos Mercados Digitais

(pag.7) ►

3. A Regulação Ex Ante

(pag. 12) ►

4. A Regulação dos Mercados Digitais

(pag. 20) ►

5. A Salvaguarda da Inovação no Contexto da Regulamentação do Digital: breves considerações

(pag. 27) ►

6. Considerações Finais: uma nova luz no Direito da Concorrência?

(pag.28) ►

7. Bibliografia Consultada

(pag. 30) ►

8. Webgrafia Consultada

(pag.33) ►

9. Jurisprudência Consultada

(pag. 36) ►

Resumo / Abstract

A economia digital assume um peso cada vez maior na economia mundial. A expansão dos mercados digitais e o seu peso crescente reclamarão, pois, uma atenção regulatória específica que garanta a disputabilidade do mercado, ao mesmo tempo promovendo a equidade, a transparência e, em última análise, a promoção da inovação. As especificidades estruturais dos mercados digitais convocam algumas preocupações de índole concorrencial que uma regulação específica e complementar, de base ex ante, permite debelar, garantindo alguma estabilidade ao mercado, evitando quaisquer indícios de underenforcement. Não obstante, essa abordagem regulatória não é isenta de reparos e riscos, cruciais num mercado tão dinâmico como o digital. Para o efeito, a complementaridade entre uma intervenção ex ante e um controlo ex post revela-se fundamental.

The digital economy holds an ever increasing share of the world economy. The expansion of digital markets and their growing weight will therefore require specific regulatory attention to guarantee the contestability of the market, while promoting equity, transparency and, ultimately, the advancement of innovation. The structural specificities of digital markets call for some concerns of a competitive nature that a specific and complementary-minded regulation, on an ex ante basis, would be able to overcome, guaranteeing some stability to the market and the overall avoidance of any signs of underenforcement. Nevertheless, this regulatory approach is not without its trade-offs and risks, which are crucial in a market as dynamic as the digital one. To this end, the complementarity between ex ante intervention and ex post control is essential.

Palavras Chave / Keywords

ex ante, concorrência, mercados digitais, ex post, disputabilidade

ex ante, competition, digital markets, ex post, contestability



1. Considerações Introdutórias

A tecnologia tem tido ao longo da história humana um papel fundamental na evolução desta. Alinhada com as necessidades da sociedade e dos seus mercados, potenciando-a, a tecnologia tem permitido o progresso civilizacional¹. De facto, longe vão os tempos em que a realidade diária se cingia ao nosso vulgar mundo físico. A (contínua) revolução da vivência humana (pense-se, por exemplo, no eventual *Metaverse*²) propalada pela Internet e a consequente digitalização dos mercados não só assinala um notável progresso civilizacional como vem ainda colocar problemas para o Direito. De facto, a relevância massiva dos mercados digitais na vida coletiva representam um desafio crescente do Direito da Concorrência de adaptação às novas dinâmicas de mercado daí emergentes, como será exemplo o enquadramento das empresas de *Big Tech*³.

De acordo com o Banco Mundial, a economia digital já perfaz, à data a que escrevemos, 15,5% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, tendo ainda um ritmo de crescimento cerca de 2,5 vezes superior ao próprio crescimento do PIB mundial nos últimos quinze anos⁴. A expansão dos merca-

1 Achamos curiosas as chamadas Leis de Kranzberg. A Segunda Lei de Kranzberg diz-nos precisamente que a tecnologia é a “mãe” da necessidade, gerando mais e mais avanços tecnológicos para efeitos da sua operacionalidade. Parece-nos um raciocínio integralmente adaptável à crescente digitalização do mercado, facto que motiva o presente escrito. Cfr. MELVIN. KRANZBERG, “Technology and History: ‘Kranzberg’s Laws’”, *Technology and Culture*, vol. 27, no. 3, (1986), pp. 548-549, disponível em <https://doi.org/10.2307/3105385>.

2 Ainda que seja atualmente uma ideia muito embrionária, antecipamos que o futuro Metaverso trará problemas de fundo no que toca à adaptação ou enquadramento do Direito da Concorrência ante fenómenos de digitalização massiva dos mercados. Neste sentido, o Digital Markets Act da Comissão Europeia ora a discutir poderá ser um marco inaugural fundamental na caminhada que o Direito da Concorrência fará nesta matéria. A título de reflexão, veja-se BRIAN X. CHEN, “What’s all the Hype about the Metaverse?”, *The New York Times*, (18 de Janeiro de 2022), disponível em <https://www.nytimes.com/2022/01/18/technology/personaltech/metaverse-gaming-definition.html>. Já de interesse para o Direito da Concorrência, SAMUEL STOLTON, “Vestager: Metaverse poses new competition challenges” *Politico*, (18 de Janeiro de 2022), disponível em <https://www.politico.eu/article/metaverse-new-competition-challenges-margrethe-vestager/>.

3 A solidez destas confere à economia digital uma estrutura altamente concentrada, levantando preocupações de índole concorrencial. Assim, TIAGO SOUSA PRADO, “Assessing the Market Power of Digital Platforms”, in *Quello Center Working Paper*, TPRC48: The 48th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy, (2020), p. 3, disponível em <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793>.

4 BANCO MUNDIAL, *Digital Development*, (20 Abril de 2022), disponível em <https://www.worldbank.org/en/topic/digitaldevelopment/overview#1>.

dos digitais e o seu peso crescente na economia mundial reclamarão, pois, uma atenção regulatória específica que garanta a vitalidade – leia-se, disputabilidade – do mercado. Nessa medida, a proposta do *Digital Markets Act* (doravante, DMA) da Comissão Europeia, que recentemente conheceu novos desenvolvimentos político-legislativos⁵, consolidando-se, afigura-se fundamental.

O *Digital Markets Act* assume uma relevância singular não apenas enquanto marco importante da regulação dos mercados digitais, mas também pelo que vem introduzir: o seu modelo de controlo. Com efeito, a opção por um modelo *ex ante*, assente no conceito-chave de *gatekeeper* parece-nos, cremos, um aspeto relevante no que concerne à própria intervenção do Direito da Concorrência, desviando-se de um típico modelo *ex post*. E será de facto assim? Estaremos a assistir a uma mudança de “paradigma regulatório”? Não será antes uma mera adaptação a um mercado que, pelas suas especificidades estruturais⁶, convocará apenas outro tipo de abordagem? Procuraremos responder a esta interrogação, mas parece-nos que não.

O presente texto terá como ponto central a análise aos contornos e implicações de um modelo regulatório de tipo *ex ante* e que vemos adotado noutros instrumentos legislativos, com especial destaque para o DMA. Além de se pretender de seguida analisar criticamente o conceito de *gatekeeper* aqui subjacente, far-se-á ainda uma incursão por outras experiências relevantes em ordenamentos jurídicos distintos. No final, esboçaremos as devidas conclusões. Antecipamos, contudo, desde já que dado o impacto da rápida digitalização dos mercados no quotidiano, o impacto regulatório advindo da entrada em vigência do DMA (e, diga-se, em relação a outras matérias, do próprio *Digital Services Act*, ou DSA) poderá inaugurar uma renovada reflexão acerca da regulação assente num prisma *ex ante*. Só o tempo (e a jurisprudência) nos revelarão, contudo, o alcance destes diplomas-chave na regulação em geral.

5 Referimo-nos aos acordos políticos alcançados recentemente entre o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia relativos ao *Digital Services Act* e ao *Digital Markets Act*, assinalando uma histórica regulamentação do espaço digital. Cfr. CLOTHILDE GOUJARD, “Big Tech firms set to face tough EU content rules”, *Politico*, (23 de Abril de 2022), disponível em <https://www.politico.eu/article/eu-strikes-deal-on-law-to-fight-illegal-content-online-digital-services-act/>, SAMUEL STOLTON, “EU negotiators agree new rules to rein in tech giants”, *Politico*, (24 de Março de 2022), disponível em <https://www.politico.eu/article/eus-digital-markets-act-adopted/> e ainda FOO YUN CHEE, “EU lawmakers pass landmark tech rules, but enforcement a worry”, *Reuters*, (5 de Julho de 2022), disponível em <https://www.reuters.com/technology/eu-lawmakers-pass-landmark-tech-rules-enforcement-worry-2022-07-05/>.

6 Falamos aqui, por exemplo, do amplo papel autorregulador que as plataformas assumem: pense-se, entre outros exemplos, no impacto da autorregulação pelo *Twitter* e o *Facebook* do discurso político nas suas plataformas.



2. Da Necessidade de Regulação dos Mercados Digitais

O mercado digital, pelas suas especificidades estruturais, convoca algumas preocupações de índole concorrencial⁷. Com efeito, particularidades como o acesso (exclusivo) aos dados dos consumidores – concedendo a estes agentes uma acentuada vantagem informacional⁸ e assim, competitiva –, o *margin squeezing*⁹, o *self-preferencing*¹⁰ ou o recurso a fenómenos de integração vertical¹¹ contribuem para um afunilamento do mercado e das dinâmicas existentes. De facto, o que observamos é um mercado muito dominado pelas tais *Big Tech* que, atuando tanto como intermediárias na pres-

7 Entre outros, sintetizando as preocupações jusconcorrenciais por detrás das plataformas digitais e da digitalização dos mercados em geral, cfr. RASTISLAV FUNTA, “Economic and legal features of digital markets”, in DА-NUBE: Law, Economics and Social Issues Review, vol. 10, no.º 2, (2019), pp. 176-183, disponível em <https://doi.org/10.2478/danb-2019-0009>.

8 Referimo-nos aqui ao processamento dos dados massivamente captados (e, em certa medida, monopolizados) pelas grandes tecnológicas. Este data monopoly dota as plataformas digitais de uma vantagem competitiva relevante, conferindo-lhes um enorme poder de mercado. Sobre este ponto, JINGYUAN MA, Regulating Data Monopolies: A Law and Economics Perspective, Springer, (2022), pp. 92-108, disponível em <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-981-16-8766-2.pdf>.

9 Para uma análise comparada do margin squeezing, cfr. por exemplo, DEMETRIUS YANNELIS, “Margin Squeeze in the U.S. and the EU: Why they differ?” in European Scientific Journal, vol. no.º 11, no.º 10, (November 2015), pp. 495-501, disponível em <https://eujournal.org/index.php/esj/article/view/6554>.

10 Sobre o tema, cfr., entre outros, PATRICE BOUGETTE, OLIVER BUDZINSKI e FRÉDÉRIC MARTY, “Self-Preferencing and Competitive Damages: A focus on Exploitative Abuses”, in The Antitrust Bulletin, vol. 6, no.º 2, (2022), pp. 190-207, disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X221082757>, PABLO IBÁÑEZ COLOMO, “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, in World Competition, vol. 43, no.º 4, (2020), pp. 417-446, disponível em <https://doi.org/10.54648/woco2020022>, CHRISTOPHE SAMUEL HUTCHINSON e DIANA TREŠČÁKOVÁ, “Tackling gatekeepers’ self-preferencing practices”, in European Competition Journal, vol. 18, no.º 3 (2022), pp. 567-590, disponível em <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2034332> e ainda JORGE PADILLA, JOE PERKINS e SALVATORE PICCOLO “Self-Preferencing in Markets with Vertically Integrated Gatekeeper Platforms”, in The Journal of Industrial Economics, vol. 70, no.º 2, (June 2022), pp. 371-393, disponível <https://doi.org/10.1111/joie.12287>.

11 Sobre a integração vertical nos mercados digitais, cfr. JOHN M. YUN, “Vertical Mergers and Integration in Digital Markets”, in The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy, (2020), pp. 244-262, disponível em https://gaidigitalreport.com/wp-content/uploads/2020/11/The-Global-Antitrust-Institute-Report-on-the-Digital-Economy_Final.pdf, MICHELE BISCEGLIA, et al, “Vertical integration, innovation and foreclosure with competing ecosystems”, in Information Economics and Policy, vol. 60, (September 2022), pp. 1-23, disponível em <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2022.100981>.

tação de serviços como prestadoras de primeira linha, adquirem uma projeção ou impacto de tal forma significativo – e duradouro – que acabam por condicionar a atuação de outros agentes económicos¹² nesse mercado em termos contrários aos pretendidos pelas regras da concorrência¹³. Essa projeção de que falamos materializa-se num crescimento exponencial da plataforma digital¹⁴ em termos tais que não só lhes permite influenciar a dinâmica do mercado onde se inserem, como lhes facilita a limitação à entrada de novos agentes nesse mesmo mercado que, exceto dispondo de uma elevadíssima capacidade de investimento, não conseguirão penetrar com sucesso no mercado digital¹⁵. De facto, certos *players* encontram-se de tal maneira “entrincheirados” que acabam por atuar como verdadeiros *gatekeepers* (controladores de acesso) dos mercados digitais¹⁶. Acresce a este *gatekeeping* o rápido crescimento do mercado digital¹⁷, que, acelerando a consolidação das posições de mercado das grandes plataformas digitais, exacerba o entrincheiramento do mercado, levando a que agentes económicos mais pequenos, sob pena de se verem barrados no acesso ao próprio consumidor final, e francamente incapazes de competir no mercado, fiquem progressivamente mais dependentes das plataformas digitais hegemónicas que, pela sua dimensão de mercado, dispõem de uma acentuada vantagem competitiva, permitindo-lhes suprimir atempadamente eventuais focos de concorrência¹⁸.

12 A este respeito, recordamos o exemplo da Amazon, que, em razão do seu alcance enquanto intermediário verdadeiramente global, gera uma situação de dependência daqueles que dependem dos seus serviços. Essa situação vantajosa permite por conseguinte à Amazon estender o seu domínio aos demais setores. Assim, cfr. LINA KHAN, “Amazon’s Antitrust Paradox”, in Yale Law Journal, vol. 126, no.º 3, (2017), pp. 755 e 772, disponível em https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfytyh.pdf.

13 Cfr. TIAGO SOUSA PRADO, *supra* n. 3, pp. 8-9.

14 Quanto ao conceito de plataforma digital, adotamos o entendimento perfilhado pela OCDE, entendendo-as como sendo serviços digitais facilitadores de interações entre dois ou mais grupos de utilizadores (indivíduos ou empresas) distintos mas interdependentes e que interagem entre si através da internet. Cfr. OCDE, An Introduction to online platforms and their role in the digital transformation, Publicações da OCDE, (2019), p. 23, disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page1. Este não é, todavia, um conceito novo, como se verá em UNCTAD, “Digital economy report 2019: value creation and capture: Implications for developing countries” in UNCTAD, United Nations Publication, pp. 25 e ss., disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf.

15 LINA KHAN, *supra* n. 12, pp. 755 e 772-774.

16 Entre muitos outros, cfr. OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, in OECD Competition Committee Discussion Paper, (2021), pp. 9 e ss., disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>.

17 Indicando-o a título introdutório, FLORIAN HEIMANN, “The Digital Markets Act – We gonna catch ‘em all?” in Kluwer Competition Law Blog, (13 de Junho de 2022), disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/06/13/the-digital-markets-act-we-gonna-catch-em-all/>. Cfr. *supra*, p. 3 e notas 3 e 4.

18 Pensamos aqui nas killer acquisitions enquanto uma manifestação (teremos certamente outras) da vantagem competitiva detida pelas plataformas digitais prevalentes. Cfr. OCDE, *supra* n. 16, p. 10. Veja-se o exemplo da aquisição pelo Facebook do Instagram, em 2012 ou do WhatsApp em 2014. Sobre o tema, STEPHEN KING, “We allowed Facebook to grow big by worrying about the wrong thing”, The Conversation, (8 de Fevereiro de 2021), disponível em <https://theconversation.com/we-allowed-facebook-to-grow-big-by-worrying-about-the-wrong-thing-152190>.

As condicionantes estruturais dos mercados digitais tornam-nos mais aptos a distorções da concorrência¹⁹, isto é, a situações de falta de disputabilidade desses mercados²⁰ justificativas de uma tutela regulatória adicional, complementar à já existente²¹. A jurisprudência nesta matéria tem sido até aqui, sem surpresas, particularmente fundamental²², ao revelar as fragilidades do Direito da Concorrência no que toca à regulação dos mercados digitais, expondo não apenas os problemas advindos das suas especificidades estruturais, como também a própria dificuldade do Direito constituído em abordar mais eficazmente os problemas que a realidade tem colocado²³. Os inúmeros casos contra as grandes tecnológicas são evidência disso mesmo, propalando várias das iniciativas legislativas na matéria que hoje se discutem²⁴.

19 Cfr. LUÍS CABRAL et al., *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, (2021), Act, pp. 12-21, disponível em <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>, indicando fenómenos nefastos à concorrência no mercado digital como o já mencionado self-preferencing, o bundling ou a questão dos preços na publicidade digital.

20 Cfr. TIAGO SOUSA PRADO, “Assessing the Market Power of Digital Platforms”, supra n.º 3, pp. 8-10, indicando, entre outros pontos, que a estrutura concentrada do mercado fomenta a prática de preços altos da publicidade digital praticada pelas grandes plataformas, efetivamente criando situações de barreira à entrada no mercado para agentes mais pequenos, prejudicando a jusante o consumidor. Cfr. ainda LUÍS CABRAL, et al., supra, n.º 19, pp. 17-18.

21 Evidenciando-o, OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, supra, n.º 16, pp. 6-8 e 9-11. Neste sentido, indiciando as dinâmicas deste mercado mais problemáticas, LUÍS CABRAL, et al., supra, n.º 19, pp. 8-9. Demonstrando já certos aspetos estruturais dos mercados digitais que o tornam apto a uma distorção da concorrência suficientemente justificativa da introdução de regulamentação específica neste setor. A seguinte comunicação do COMPETITION BUREAU do Canadá, disponível em <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04494.html> também nos fornece de forma sintética os problemas provocados pelas atuais dinâmicas dos mercados digitais.

22 Para um breve apanhado da jurisprudência comunitária aqui relevante, cfr. RINO CAIAZZO, “Recent developments in EU antitrust enforcement against big tech”, in *Competition Law International*, vol. 15, no. 2, (Dezembro 2019), pp. 181-183, disponível em <https://www.cdplex.it/upload/file/items/files/recentdevelopmentsinEuantitrust.pdf>, HEIKE SCHWEITZER e FREDERIK GUTMANN, “Unilateral Practices in the digital market: An overview of EU and national case law” in *e-Competitions Unilateral practices in the digital market*, Art.º no. 101045 (15 de Julho de 2021), disponível em <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/article-101045.pdf?72864/61e38c0d8650bcb359bdf12a1a30dd0f69de153a0f0d338671b31f9c9e3b68bc> e ainda OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, supra, n.º 16, p. 11.

23 Entre muitos outros, destacamos, pelo seu impacto na relação do Direito da Concorrência com os mercados digitais, o recente caso Google Shopping, T-612/17, EU:T:2021:763. A respeito da dificuldade mencionada, note-se que todo o processo que culminou na decisão proferida pelo Tribunal Geral no caso Google Shopping demorou um total de 11 anos. Só a fase de investigação por parte da Comissão Europeia demorou 7 anos! (2010-2017). Sobre a própria dificuldade do public enforcement nestas matérias, RUPPRECHT PODSZUN, *Private enforcement and platform regulation: Two GAFA-cases – and what they tell us about the Digital Markets Act*, (2021), pp. 11 e ss. disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3862497>.

24 Para um estudo comparativo entre diferentes abordagens ao problema, cfr. THOMAS TOMBAL, “Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches”, in *European Competition Journal*, (2022), disponível em <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2034331>.

A regulamentação específica destes mercados – como de resto, vemos começar a ter lugar²⁵ – permite assegurar que os mercados digitais permanecem abertos e contestáveis por todos²⁶, tornando-se inclusive cada vez mais necessária se tomarmos em conta tanto a dimensão de algumas plataformas digitais e a sua tendência para o entrincheiramento do mercado bem como a própria deriva autorreguladora que estas plataformas digitais dominantes assumem e que, gerando um impacto subversivo do mercado em razão da ausência de *accountability*²⁷, prejudica em última análise o consumidor.

Por tudo o exposto, é certo que os atuais mecanismos clássicos do Direito da Concorrência que conhecemos são de facto aplicáveis às gigantes digitais, responsáveis pelo afunilamento do mercado digital²⁸: verificamos, pois, de facto, alguma capacidade de resposta às questões jusconcorrenciais convocadas pelas especificidades estruturais destes mercados²⁹. A jurisprudência prova-nos isso mesmo³⁰. Não obstante, não sendo suficiente³¹, parece-nos imperioso uma regulação específica e complementar³², de base *ex ante* que, antecipando possíveis distorções, garanta alguma estabilidade – e previsibilidade – aos mercados digitais, evitando uma corrosão do próprio desenvolvimento do setor e da inovação em geral.

Em suma, a necessidade de viabilizar um contínuo desenvolvimento do setor – dentro dos trâmites conformes aos interesses protegidos pelo Direito da Concorrência – a juntar à salvaguarda da inovação (com enormes benefícios a jusante) serão fatores antecipáveis e favoráveis a esta opção de regulação. Será porventura, parece-nos, a forma mais eficiente de melhor con-

25 Cfr. nota 24.

26 Para uma breve contextualização justificativa da necessidade desta regulamentação setorial, cfr. BEATRIZ DE MACEDO VITORINO e JOÃO PINTO RAMOS, “Introdução à Proposta do Regulamento dos Mercados Digitais”, in Revista de Direito e Tecnologia, vol. 3, no. 1, (2021), pp. 106-109, disponível em <https://blook.pt/publications/publication/a4ff7eceba14/>.

27 Cfr. OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, *supra*, n.º 16, p. 10 e ainda UNCTAD, Digital Economy Report 2021 – Cross-border data flows and development: for whom the data flow, p. 175, disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf.

28 Cfr. nota 3.

29 A evolução histórica mostra-nos isso mesmo. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, Direito da Concorrência, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, 2018 (reimpr. 2020), pp. 48-120.

30 Cfr. notas 22 e 23.

31 Em geral, advogando ir-se além dos mecanismos clássicos do Direito da Concorrência, cfr. K. SABEEL RAHMAN, “Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as the New Public Utilities”, in Georgetown Law Technology Review, vol. 2, (2018), pp. 250-251, disponível em <https://georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2018/07/2.2-Rahman-pp-234-51.pdf>. Referindo-se ao caso específico – mas, porventura, generalizável ao setor – do Acórdão Google Shopping e dando conta desta difícil efetividade do Direito vigente, PHILIP MARSDEN, “Google Shopping for the Empress’s New Clothes – When a Remedy Isn’t a Remedy (and How to Fix it)”, in Journal of European Competition Law & Practice, vol. 11, no. 10, (December 2020), pp. 553-560, disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa050>.

32 OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, *supra*, n.º 16, pp. 11-13.

servar a integridade do mercado. Que implicará então uma regulação desse tipo? Ora criando novos mercados ou redimensionando aqueles já existentes, a digitalização da economia exige uma resposta à altura por parte dos reguladores e *policymakers* cuja adaptação não será, todavia, suave ou linear; antes convoca uma desenvolvida reflexão relativa ao alcance da regulação setorial aqui a assumir³³. Em já vários ordenamentos jurídicos, como veremos³⁴, o que podemos constatar é um interesse cada vez maior na regulação do mercado digital³⁵. Ainda a este respeito, a estratégia digital para a União Europeia por parte da Comissão *von der Leyen* é um exemplo a destacar³⁶, com o *Digital Markets Act* e o *Digital Services Act*.

33 São exemplos, em geral, e entre muitos outros, OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, supra, n.º 16, Luís CABRAL et al., supra, n.º 19, ou JAN KRÄMER et al., *Digital Markets and Online Platforms: New Perspectives on Regulation and Competition Law*, Brussels: CERRE, (2020), disponível em https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/11/CERRE_Digital-markets-and-online-platforms_new-perspectives-on-regulation-and-competition-law_November2020.pdf.

34 Cfr. infra, pp. 19 e ss.

35 Cfr. CLAIRE JEFFS e NELE DHONDT, “Introduction: Why Digital Markets?” in *Digital Markets Guide*, London: Law Business Research Ltd, (2021), pp. 1-4, disponível em <https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/first-edition> bem como OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, supra, n.º 16, pp. 7-8 e ainda a nota 24.

36 Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Shaping Europe’s Digital Future*, (2020), disponível em https://eufordigital.eu/wp-content/uploads/2020/04/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.



3. A Regulação Ex Ante

A regulação *ex ante* mais não é do que uma intervenção a título preventivo, antes das falhas de mercado de facto ocorrerem. Note-se, todavia, que não é a regra, com o Direito da Concorrência a não deixar de assentar classicamente numa regulação de tipo *ex post*, isto é, intervindo de forma já corretiva (leia-se, sancionatória), depois das falhas ou práticas anticoncorrenciais terem ocorrido³⁷.

No que toca aos mercados digitais, conforme já se referiu, constata-se uma clara intenção regulatória justificada pelas consequências nefastas advindas da estrutura do mercado – que, sendo altamente concentrado, suscita problemas – mas não só: depreende-se igualmente uma insatisfação geral com a eficácia e a rapidez da aplicação das atuais regras da concorrência às práticas anticoncorrenciais nestes mercados³⁸. Nessa medida, a existência de uma regulação específica do setor de tipo *ex ante* e assumida numa lógica de complementaridade³⁹ permitiria uma aplicação global e frutífera do Direito da Concorrência aos mercados digitais, reduzindo riscos associados a um *underenforcement* nestes mercados: esta é, aliás, uma das preocupações levantadas designadamente pelo *Relatório Stigler*⁴⁰.

Como veremos abaixo, a propósito do DMA, esta opção por uma regulação *ex ante* tem sido entendida globalmente como tendo uma essência complementar ao Direito da Concorrência vigente⁴¹. Não obstante, parece-nos importante alguma contraposição geral entre as implica-

37 BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA, “Economic Costs of Ex ante Regulations”, in ECIPE Occasional Papers, no. 7/2020, (2020), p. 2, disponível em https://ecipe.org/wp-content/uploads/2020/10/ECI_20_OccPaper_07_2020_Ex-ante_Regulations_LY06.pdf.

38 OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, supra, n.º 16, p. 12. Cfr. nota 33.

39 Com efeito, a complementaridade parece ser aqui uma peça chave no que concerne à delimitação *ex ante* do setor, aceite nos diversos ordenamentos jurídicos onde a questão já se coloca. Cfr. idem, p. 13 e a nossa nota 103. A nível da União Europeia, o Digital Markets Act assume esse propósito complementar, logo no seu considerando n.º 5.

40 STIGLER CENTER, Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report, (Setembro de 2019), p. 79, disponível em <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.

41 Cfr. infra, p. 12.

ções decorrentes de uma regulação *ex ante* e aquelas que teremos numa regulação de tipo *ex post*, destacando tanto as suas potencialidades, como as suas vulnerabilidades. Partindo daqui, estaremos em condições de precisar o que acarretará exatamente, em abstrato, uma regulação de prisma *ex ante* e o seu significado para a regulamentação do mercado digital.

1.1. Os Riscos e Conveniências da Regulação Ex Ante: uma análise comparativa

Como se mencionou anteriormente, a complementaridade destes dois eixos regulatórios será aqui um traço-chave na delimitação do setor. Aliás, tal afigura-se um aspeto transversal aos vários ordenamentos jurídicos onde a regulamentação dos mercados digitais é já alvo de alguma reflexão e mesmo intervenção legislativa⁴², como veremos⁴³. Enquanto que o *Relatório Crémer* destaca a subsidiariedade do Direito da Concorrência ‘clássico’ ou geral (em especial, o Art.º 102 TFUE)⁴⁴, o *Relatório Furman*, por sua vez, vai mais longe, advertindo contra os riscos que adviriam de uma transição total para uma regulação *ex ante* nesta matéria⁴⁵, preferindo-se antes, de acordo com o *Relatório*, uma regulação dual que permita prevenir ou neutralizar os efeitos de mercado mais adversos⁴⁶ e ao mesmo tempo quaisquer riscos de *underenforcement*, a que já se fez alusão acima⁴⁷. Essencialmente, pretender-se-á não mais se não uma maximização do efeito útil da regulamentação setorial que aqui se perspetiva.

A análise comparativa a estas filosofias de regulação que abaixo se fará poderão centrar-se à volta de cinco domínios: natureza, eficácia, objetivos, alcance e, por último, riscos⁴⁸. Partindo desta análise compartimentada, que, de resto, parece-nos mais equilibrada, poderemos conferir a geometria variável dos vários benefícios de um de outra forma de regulação nos vários aspetos em análise, permitindo uma reflexão final sobre a globalidade dos impactos de um controlo *ex ante* dos mercados digitais. Não obstante, sem querer antecipar conclusões, concede-se desde já, partindo de uma análise do Direito Comparado, que o controlo *ex ante* recebe já um tratamento preferencial por parte do legislador nesta matéria, embora assumido numa

42 Cfr. nota 24.

43 *Infra*, pp. 19 e ss.

44 JACQUES CRÉMER, et al., “Competition Policy for the digital era”, Publications Office of the European Union, (2019) p. 4, disponível em <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>.

45 JASON FURMAN, et al., “Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel”, HM Treasury, (2019), p. 102, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

46 JASON FURMAN, *supra*, n.º 45, p. 62.

47 Fazendo-lhe referência, OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, *supra*, p. 16 e p. 11.

48 Seguindo uma metodologia deste tipo, embora noutro setor, cfr. FRIEDERISZICK et al., “Political Economy of Regulation: ex ante regulation – the mobile telephony case”, European School of Management and Technology, (sem data), disponível em https://www.e-ca.com/wp-content/uploads/ex_ante_regulation_the_mobile_telephony_case.pdf e BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA, “Economic Costs of Ex ante Regulations”, in ECIPE Occasional Papers, no. 7/2020, (2020), disponível em <https://ecipe.org/publications/ex-ante/>.

lógica de necessária complementaridade com o Direito da Concorrência clássico (ou *ex post*), uma vez que se assim não for, teremos o risco de, no caso do DMA, proibirem-se condutas que perturbem a concorrência mas que não recairiam nas cláusulas dos Arts.º 101 ou 102, TFUE e que por essa via não seriam proibidas⁴⁹.

1.1.1. A Natureza

No que concerne a este ponto, a sua distinção não se nos afigura problemática, motivo pelo qual não nos merecerá grandes desenvolvimentos. À semelhança do que já tivemos oportunidade de anteriormente⁵⁰, uma regulação assente num prisma *ex post* terá um cariz corretivo ou sancionatório, uma vez que intervirá quando as práticas anticoncorrenciais já tiverem ocorrido com base na informação disponível e nas evidências de externalidades ou falhas de mercado⁵¹. Poder-se-á dizer então que deste prisma, não estará subjacente qualquer ‘futurologia’ no que toca à intervenção do Direito da Concorrência: teremos essencialmente aqui uma *evidence-based approach*. Num mercado tão dinâmico e pujante como os mercados digitais, tal poderá levantar problemas de eficácia deste tipo de regulação, suscitando-se, quanto muito, a necessidade de algum tipo de complementaridade como aquela que vemos sugerida nos Relatórios *Crémer e Furman*^{52/53}. Aliás, de um ponto de vista mesmo burocrático, a junção dos dois é vista como igualmente benéfica⁵⁴.

Por sua vez, uma regulação assente já num prisma *ex ante* apresentará como traço essencial relativo à sua natureza o seu cariz antecipatório. Pressupõe-se, essencialmente, a sua capacidade de pré-identificar os problemas (ou quiçá, indícios dos mesmos) antes de configurarem práticas anticoncorrenciais que, sem este controlo premonitório, ver-se-iam sujeitas a uma aplicação *ex post* das regras da concorrência⁵⁵. É este viés antecipatório, preventivo, que torna a aplicação

49 ALEXANDRE DE STREEL et al, “Digital Markets Act: Making Economic Regulation of Platforms Fit for the Digital Age”, in CERRE Report Paper, (2020), p. 45, disponível em https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/11/CERRE_DMA_Making-economic-regulation-of-platforms-fit-for-the-digital-age_Full-report_December2020.pdf.

50 Cfr. *supra*, p. 9.

51 BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA, *supra*, n.º 48, p. 3.

52 Indicando de forma muito negativa alguns princípios gerais inerentes à regulação *ex post*, PETER ALEXIADIS, “Balancing the Application of Ex Post and Ex Ante Disciplines under Community Law in Electronic Communications Markets: Square Pegs in Round Holes”, in *Rights and Remedies in a Liberalised and Competitive Internal Market*, (2012), p. 139, disponível em <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/Alexiadis-BalancingtheApplicationofExPostandExAnteDisciplines.pdf>. Embora o pensamento do autor tenha por base um setor e alturas específicas, a verdade é que a essência mantém-se: a dependência da intervenção *ex post* na existência de factos e demais evidências concretas de abusos afigura-se limitadora, em abstrato, do potencial de aplicação destas normas, culminando num potencial risco de underenforcement indicado pelo Relatório Stigler.

53 *Supra*, p. 10.

54 PETER ALEXIADIS e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO, *Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance*, European University Institute, (2019), pp. 18 e ss. disponível em <https://data.europa.eu/doi/10.2870/26573>.

55 Destacando este viés antecipatório, PETER ALEXIADIS, *supra*, n.º 52, pp. 139-140.

desta ‘filosofia’ de regulação à partida vantajosa, permitindo a resolução antecipada de certos problemas através de uma standardização de práticas e comportamentos. Note-se, contudo, que esta harmonia não será isenta de reparos. Com efeito, poderá conduzir uma exigência demasiado rígida (e assim, irrealista) dos comportamentos dos agentes nos mercados, assumindo um efeito contraproducente. Esse será, todavia, já um problema de eficácia: a fácil desatualização da regulamentação com o surgimento de novos fenómenos (um cenário provável, tendo em conta o alto dinamismo que marca a economia digital).

Em suma, no que toca à natureza entre ambos os prismas regulatórios, acompanhamos nesta síntese distintiva BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA: *“In short: Ex ante regimes tell business precisely how to behave, or ‘what to do’ whereas the norm is ex post where regulators tell them ‘what not to do’ by describing the situations the society wants to avoid”*⁵⁶.

1.1.2. A (In)Eficiência de um Regime ex ante no Mercado Digital

A eficácia será porventura, juntamente com a questão do risco, o domínio onde a comparação entre os dois pilares regulatórios se afigura mais problemática. São bem conhecidos – e já foram, inclusive, mencionados acima – os problemas de eficácia que poderão caracterizar a intervenção de uma regulamentação *ex post*⁵⁷. De facto, um regime jurídico *ex post* terá sempre alguns problemas associados à sua eficácia porquanto apenas se desencadeia a sua aplicação quando o problema atinge um estágio tal que reclama já a aplicação do Direito, *a posteriori*.

No que concerne ao Direito da Concorrência, uma vez sendo um domínio altamente complexo, o seu *enforcement* – designadamente, pela longevidade e complexidade das investigações⁵⁸ às práticas anticoncorrenciais⁵⁹ dos *players* do mercado – poderá resvalar numa lamentável redundância. Com efeito, quando todo o processo se der por concluído (considerando aqui o próprio contencioso junto do TJUE) e as sanções confirmadas, a evolução do mercado já será tal que a sua dinâmica torna inverosímil a real salvaguarda da concorrência⁶⁰. Este ponto será especialmente evidente no caso dos mercados digitais: o poder de determinados *players* como a *Meta* ou a *Google* não seria tão evidente em 2011 como será já, por exemplo, atualmente. Justificar-se-á, pois, um controlo preventivo que evite as sucessivas impugnações dos resultados

56 BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA, *supra* n.º 48, p. 3.

57 Cfr. nota 23.

58 Pensamos aqui, por exemplo, na definição do que será o mercado relevante ou mesmo, a jusante, na aferição da posição dominante do agente visado. Tudo raciocínios que exigirão uma análise minuciosa e ponderada, algo que não se verificará numa regulação *ex ante*, onde a conduta do agente será já presumida, desencadeando, uma vez verificada, a aplicação da norma.

59 Cfr. nota 23.

60 DAMIEN GERARDIN, “Why is ex ante regulation of systemic online platforms needed on top of competition law?”, in The Platform Law Blog, (7 de Maio de 2020), disponível em <https://theplatformlaw.blog/2020/05/07/why-is-ex-ante-regulation-of-systemic-online-platforms-needed-on-top-of-competition-law/> e ainda RUPPRECHT PODSZUN, Private enforcement and platform regulation, *supra*, n.º 23, pp. 11-12.

das longas investigações da Comissão Europeia junto do TJUE. Ademais, em razão do seu cariz preventivo, permite-se evitar outros mecanismos mais agressivos de regulação, como seriam um controlo *ex post*. Nessa medida, denota-se aqui um respeito pelo princípio da proporcionalidade⁶¹, ao permitir uma otimização dos valores em jogo.

Será tendo em conta este panorama que uma regulamentação *ex ante* se destaca pelas suas vantagens, dado que, tendo um viés naturalmente antecipatório, permite evitar cenários de *underenforcement*, favorecendo a resolução antecipada e proporcional de certos problemas, culminando numa redução da litigância altamente demorada e complexa a que o Direito da Concorrência, no que toca às plataformas digitais, de resto já nos habituou⁶².

No fundo, haverá, pois, todo um cunho preventivo que apenas favorece a posição favorável a uma regulação específica, setorial, como aquela que veremos ser possível (e provável) na regulamentação de mercados tão dinâmicos como os mercados digitais. Uma vez preenchida a sua previsão normativa, as disposições *ex ante* aplicar-se-ão imediatamente. Essa é aliás a abordagem que preside ao emergente *Digital Markets Act*, já adotado pelas instituições europeias e que entrará em vigor em breve⁶³: uma vez recaindo no conceito de *gatekeeper*, na aceção do DMA, as plataformas digitais nele consideradas estarão obrigadas a um conjunto muito restrito de obrigações a cumprir *a priori*. Não obstante, tal abordagem não é isenta de reparos, tanto de um ponto de vista de eficácia, como de riscos associados.

Em primeiro lugar, uma das observações que se poderão fazer diz respeito precisamente à própria harmonização deste tipo de controlos com outras disposições legislativas existentes ou ordens jurídicas, em razão dos possíveis conflitos ao nível de jurisdição que possam surgir. A OCDE já teve oportunidade de se pronunciar a este respeito, aludindo aos conflitos que poderão surgir e à necessidade de mecanismos de coordenação – no caso da União Europeia – entre a Comissão Europeia e as autoridades da concorrência dos Estados-Membros⁶⁴.

Por último, para que este controlo *ex ante* seja eficaz, além de realista, deverá ser específico e preciso, setorial: exatamente o que se vê acontecer a propósito dos mercados digitais. Todavia, ressalva-se a necessidade de se reavaliar este controlo. Este ponto torna-se particularmente relevante no que toca à regulação das plataformas digitais, uma vez que o mercado, sendo por si muitíssimo dinâmico e em constante evolução, reclamará da parte do legislador uma capacidade de atualização notável, sob pena de se incorrer em perdas de eficiência, que nos parece

61 ALEXANDRE DE STREEL et al, *supra*, n.º 49, p. 45.

62 TIAGO SOUSA PRADO, *supra*, n.º 3 pp. 26 e ainda, desenvolvendo este ponto, HEIKE SCHWEITZER e FREDERIK GUTMANN, *supra*, n.º 22., p. 11.

63 PARLAMENTO EUROPEU, “Digital Services: landmark rules adopted for a safer, open online environment”, Press Release, (5 de Julho de 2022), disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>.

64 OCDE, “Ex ante regulation of digital markets”, *supra*, n.º 16, p. 15.

de facto difícil de imaginar no processo legislativo da União Europeia⁶⁵. Em suma, a dinâmica do mercado colide com a dinâmica legislativa da União Europeia.

1.1.3. Os Objetivos Associados

Conforme se referiu anteriormente⁶⁶, em razão das suas características estruturais e o elevado dinamismo do setor, os mercados digitais afiguram-se especialmente aptos à consolidação de situações de falta de disputabilidade desses mercados, que, conjuntamente com o rápido crescimento do mercado digital, favorecem uma progressiva consolidação de determinados *players* do mercado que, pela sua dimensão, controlarão o acesso de outros agentes mais pequenos ao mercado: tornam-se, efetivamente, *gatekeepers* do mercado⁶⁷.

Tendo em conta o que se disse, os objetivos associados a uma ou outra forma de regulação assumem nesta matéria sentidos diferentes. Enquanto que numa regulação de tipo *ex post*, visa-se essencialmente a manutenção da eficiência do mercado, repondo, quanto muito, o ‘jogo concorrencial’, parece-nos que, pelo contrário, uma regulação *ex ante* terá outros objetivos além-eficiência, ajustados ao setor, como, neste caso será o combate ao entrincheiramento do mercado por parte das *Big Tech*, tendo em vista um esbater das condicionantes estruturais destes mercados e que o tornam tão avesso à concorrência, visando-se, em última análise, uma dinamização da concorrência e a estabilização, enfim, da própria estrutura do mercado.

Partindo do que será a aplicação do DMA, parece-nos que será difícil dismantelar a forma como o mercado se encontra gizado, em razão da sua mutabilidade e da rápida capacidade de progressão que certos agentes do mercado acabam por mostrar, já para não falar do carácter absolutamente global deste mercado, tornando os seus *players* ‘too big to fail’⁶⁸. Não obstante, a correção que certas disposições legislativas nesta matéria virão impor permitem-nos antecipar que embora não corrigindo o entrincheiramento que já se verifica no mercado, a regulamentação setorial das plataformas digitais permitirá tão-só um maior acesso, por parte dos agentes mais pequenos, ao mercado. Assim, reduzindo-se o custo de entrada no mercado, beneficiar-se-á ulteriormente o consumidor⁶⁹, uma vez garantida a maior contestabilidade do mercado. Para tal, estas disposições preventivas devem ser dotadas de uma precisão tal que lhes permita acompanhar a evolução do mercado.

65 A título de exemplo, a Comissão Europeia apresentou a sua proposta do DMA em Dezembro de 2020, esperando-se ser aplicado em Setembro ou Outubro de 2022 e a sua implementação em meados de 2023. Para uma breve roadmap do processo legislativo em torno do DMA, veja-se ELEONORA BONEL, “New rules for digital markets: a roadmap to the Digital Markets Act” in European Digital SME Alliance, disponível em <https://www.digitalsme.eu/new-rules-for-digital-markets-a-roadmap-to-the-digital-markets-act/>.

66 Cfr. pp. 5 e ss.

67 Cfr., entre outras, a nota 12, relativa à hegemonia da Amazon.

68 Pensamos aqui na *Google*.

69 Conforme teremos oportunidade de desenvolver abaixo, muito embora não pareça que certos regimes jurídicos setoriais como o DMA venham a revolucionar estruturalmente o mercado – as *Big Tech* serão sempre as *Big Tech* – a verdade é que vão permitir aos agentes económicos mais pequenos um acesso mais facilitado ao mercado e aos potenciais consumidores, fomentando o dinamismo ínsito ao mercado e, por fim, a inovação. Esta aceleração da evolução dos mercados de que falamos poderá, contudo, resvalar num risco para diplomas como o DMA, que terão de conseguir acompanhar o evoluir dos tempos, sem daí resultar um entorpecimento do próprio mercado que visaram proteger.

1.1.4. O Alcance

No que concerne ao alcance, não se nos parece problemático. À semelhança do que temos vindo a referir ao longo das páginas anteriores, valerão aqui semelhantes considerações. Assim, enquanto que no controlo *ex ante*, teremos um viés claramente setorial – o tema que dá mote ao nosso texto ilustra-nos precisamente esse facto – o controlo de tipo *ex post* assume já um carácter tendencialmente mais generalizado: sem surpresas, é certo que uma norma *ex post* também poderá ter um âmbito de aplicação mais reduzido, de cariz setorial. Não obstante, para a análise que aqui nos interessa, considerar-se-á a regulação *ex post* na sua aceção de aplicação mais geral.

Se a aferição do alcance destes prismas regulatórios não nos indicam à partida problemas – no que concerne à regulação dos mercados digitais –, o mesmo não se poderá dizer acerca dos riscos que vemos associados a uma intervenção específica neste domínio, como teremos oportunidade de elaborar abaixo.

1.1.5. Riscos Associados a Cada Regulação

Por fim, ambas as formas de controlo comportam alguns riscos a ter em conta, à semelhança também do que temos vindo a referir. Nessa medida, enquanto que no caso da intervenção *ex post*, o principal risco que lhe associamos diga respeito à sua insuficiência em placar as distorções da concorrência que venham a surgir, em tempo útil (algo aliás, reconhecido pelos vários Relatórios supramencionados a respeito da regulação do mercado digital), conforme mencionámos acima a propósito da eficácia da regulação⁷⁰, no caso de um controlo *ex ante*, verificam-se certos riscos que, a nosso ver, reclamarão tanta atenção quanto as distorções concorrenciais hoje existentes nos mercados e reveladas pela jurisprudência⁷¹.

Podemos definir a intervenção *ex ante* como normas relativas ao que fazer (*what to do*) enquanto que a regulação de tipo *ex post* serão já normas relativas ao que não fazer (*what not to do*)⁷². Com efeito, centrando-nos nos riscos advindos de um controlo *ex ante*, relevantes ao nosso texto, a delimitação do âmbito ‘do que fazer’ é que se nos revela mais problemático. Uma vez que a regulação *ex ante* assenta numa previsão e subsequente standardização de comportamentos destinada a evitar determinadas falhas de mercado, tal significa que esta abordagem deverá ser tão precisa e ponderada quanto possível, a fim de evitar possíveis perdas de eficiência. Por outras palavras, exige-se alguma exequibilidade na conformação deste tipo de

70 Cfr. *supra*, pp. 13 e ss.

71 Além do já mencionado Acórdão Google Shopping, recordamos a este propósito a recente decisão do Tribunal Geral na ‘saga’ judicial relativa ao caso Google Android, confirmando-se – por agora – a tese de que a Google abusou da sua posição dominante por forma a consolidar a hegemonia do seu motor de busca nos smartphones. Cfr. Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541. Sobre o Acórdão, destacando nos media a importância do aresto, STEPHANIE BODONI, “Google Suffers Setback in Court Fight to Topple Record EU Fine”, Bloomberg, (14 de Setembro de 2022), disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-14/google-loses-most-of-its-eu-case-over-record-android-fine?leadSource=uverify%20wall>.

72 BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA, *supra*, n.º 48., p. 3.

legislação, exigindo-se-lhe, conforme referimos, atualidade⁷³, isto é, a capacidade de acompanhar a evolução do mercado sem o entorpecer. Este argumento de atualidade (ou idoneidade) mais não é se não uma alusão à necessidade de a regulamentação deste setor conduzir ou, pelo menos, fomentar, a disputabilidade destes mercados tipicamente entrincheirados⁷⁴.

Além desta desejada atualidade legislativa, teremos, num espectro oposto, outro risco que retiramos a partir desta opção regulatória: o excesso de intervenção que se poderá constituir. Com efeito, uma vez caracterizando-se o controlo *ex ante* por uma standardização e previsão de comportamentos, estas disposições querem-se suficientemente delimitadas a ponto de garantirem a realização dos seus objetivos, evitando perdas de eficiência. Tal não significará, todavia, uma necessidade de um controlo estrito, algo que se revelaria contraproducente e resvalaria num risco, uma vez que, comprimindo o mercado, poderá desencorajar a própria inovação⁷⁵, eventualmente, desincentivando o acelerado desenvolvimento do mercado que temos vindo a testemunhar atualmente. Este é um argumento que procuraremos explorar abaixo. Todavia, antevemos desde já que a intervenção *ex ante* deverá ser ponderada e atual, na medida em que, uma vez agilizado o acesso dos pequenos *players* do mercado ao mesmo e garantido a disputabilidade do mercado digital, fomentar-se-á por conseguinte a inovação, enfim, conservando de forma generalizada os incentivos aos agentes económicos que atuam no mercado⁷⁶.

Tendo como base o DMA, parece-nos que a forma como este foi delineado permite debelar alguns destes riscos e preocupações. Com efeito, no que toca ao conceito de *gatekeeping*, embora se saiba – pela sua dimensão – os seus destinatários, a verdade é que com o evoluir do mercado, novos sujeitos se verão açambarcados pelo âmbito de aplicação do conceito.

73 Cfr. *supra*, p. 16.

74 Cfr. *supra*, pp. 5-8.

75 Cfr. nota 69.

76 Ressalvamos o facto de esta ser uma obra financiada pela Google EU, pelo que, quanto a este ponto, a sua cientificidade possa estar comprometida. Não obstante, somos sensíveis à ideia segundo a qual, sob pena de inconsequência, os diplomas legislativos que venham *ex ante*, a regular os mercados digitais têm de configurar um reenquadramento moderado do mercado, a ponto de garantir ou restaurar a sua disputabilidade, mas não garantir o seu sufoco. Cfr. BADRI NARAYANAN e HOSUK LEE-MAKIYAMA, *supra*, n.º 48, p. 3.



4. A Regulação dos Mercados Digitais

O crescente desenvolvimento das telecomunicações e da *internet* permitiu um próspero desenvolvimento dos mercados digitais, a que hoje todos assistimos. A economia digital assume um peso cada vez maior na economia mundial, conforme já tivemos oportunidade de referir⁷⁷. Em linha com essa tendência, também as plataformas digitais viram aumentar a sua preponderância na economia global de hoje. Em 2009, considerando as vinte maiores empresas em termos de valor de mercado, cerca de três delas eram do setor das tecnologias de informação e consumo (leia-se, plataformas digitais). Por sua vez, em 2018, perfaziam já 56% do total⁷⁸. Em 2022, das dez maiores empresas do mundo em termos de valor de mercado, cerca de metade serão gigantes do digital. Encabeçando a lista, teremos, aliás, a Apple, um gigante do digital⁷⁹.

O mercado de *digital consumers* também se revela enorme, conforme destaca JINGYUAN MA⁸⁰, atestando-se um crescimento cada vez maior do *e-commerce* ante o global das vendas a retalho: se em 2020 atingiu uns impressionantes 17,8%, em 2025 estima-se que alcançará a marca dos 24,5%⁸¹ (embora estas previsões mereçam cautela, tendo em conta a aceleração desse crescimento que a pandemia veio facilitar⁸²). Esta tendência de crescimento verifica-se, sem surpresas, também no espaço da União Europeia⁸³.

77 Cfr. *supra*, p. 3.

78 UNCTAD, *supra*, n.º 19, p. 18.

79 STATISTA, The 100 largest companies in the world by market capitalization in 2022 (in billion U.S. dollars), disponível em <https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-capitalization/>.

80 JINGYUAN MA, *supra*, n.º 8, pp. 21-25.

81 STATISTA, E-commerce as percentage of total retail sales worldwide from 2015 to 2020, with forecasts from 2021 to 2025, disponível em <https://www.statista.com/statistics/534123/e-commerce-share-of-retail-sales-worldwide/>.

82 Foi precisamente o que aconteceu nos Estados Unidos. Cfr. JASON GOLDBERG, “E-Commerce Sales Grew 50% to \$870 Billion During the Pandemic”, *Forbes*, (18 de Fevereiro de 2022), disponível em <https://www.forbes.com/sites/jasongoldberg/2022/02/18/e-commerce-sales-grew-50-to-870-billion-during-the-pandemic/?sh=775f7c114e83>.

83 EUROSTAT, E-sales record a slight increase over recent years, disponível em https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics#E-sales_record_a_slight_increase_over_recent_years.

Conforme pudemos atestar, o desenvolvimento de uma economia digital e a consequente preponderância das plataformas digitais no mercado global é hoje imensa. Numa era caracterizada pela globalização e o rápido desenvolvimento tecnológico, surgem novos desafios que reclamam uma atenção regulatória específica e atual que, acomodando a evolução do mercado, garanta a vitalidade do mercado e, por fim, a sua contestabilidade, evitando o entrincheiramento do mercado a que se tem assistido. Uma vez tratando-se de um fenómeno global, identificam-se várias iniciativas legislativas em diversas jurisdições, quicá propaladas pela jurisprudência nesta matéria, com o propósito de melhor regulamentar e acompanhar a evolução dos mercados digitais, evitando que este resvale numa perpetuação infundáveis e – pela dimensão e multipolaridade do mercado – dificilmente reversíveis. Com principal destaque para a União Europeia e o seu *Digital Markets Act*, não deixamos de observar algumas iniciativas legislativas noutros países nesta matéria.

4.1. A União Europeia e os Mercados Digitais: do Digital Markets Act ao gatekeeping

No que concerne à regulação dos mercados digitais, tema que nos dá mote, a União Europeia e o ‘seu’ *Digital Markets Act* assumem uma importância fundamental. Gizado em torno do conceito de gatekeeping, o DMA permitir-se-á a resistir às constantes evoluções do mercado, debelando mesmo, cremos, alguns dos riscos supramencionados, permitindo um acompanhamento da diversidade e rápida evolução das plataformas digitais⁸⁴. Com efeito, o surgimento de novos gigantes tecnológicos nos mercados digitais e os seus *core platform services* (doravante, CPS) ver-se-ão condicionado pela sua subsunção às obrigações decorrentes do conceito de *gatekeeper*, uma vez verificados os seus *thresholds* que permitem a sua aplicação⁸⁵. Note-se, todavia, que muito embora o DMA represente, por si, uma inovação nesta matéria, a produção legislativa comunitária no domínio digital não é nova⁸⁶: no âmbito do comércio eletrónico, por exemplo, que aqui nos interessa, a Diretiva de *E-commerce* data do longínquo ano de 2000⁸⁷.

O *Digital Markets Act* foi proposto em Dezembro de 2020 pela Comissão Europeia, no seguimento da estratégia digital para a União Europeia delineada pela Comissão *von der Leyen*⁸⁸, esperando-se que entre em vigor algures no último trimestre de 2022, embora só comece a pro-

84 A este respeito, confira-se COMISSÃO EUROPEIA, “Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the European Union’s internal market”, Inception Impact Assessment, p. 4, disponível em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers_pt.

85 Cfr. *supra*, p. 20.

86 Para um desenvolvimento mais alargado da produção legislativa comunitária no domínio digital, cfr. JINGYUAN MA, *supra*, n.º 8, pp. 36-43.

87 Diretiva 2000/31/EC de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000L0031>.

88 Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Shaping Europe’s Digital Future*, (2020), disponível em https://eufordigital.eu/wp-content/uploads/2020/04/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

duzir efeitos pelo menos a partir de 2023^{89/90}. Em linha com o que já se referiu, o DMA surge num contexto em que o mercado digital assume uma importância cada vez maior no mercado interno. Certas plataformas digitais, entrenchadas no mercado, atuam efetivamente como controladores de acesso dos demais agentes económicos ao mercado e, ulteriormente, aos consumidores, distorcendo a concorrência. Aliás, esse entrenchamento permite uma expansão privilegiada destes sujeitos para mercados adjacentes⁹¹. Essa posição de domínio, combinada com a deriva autorreguladora que algumas plataformas assumem⁹², justificam a intervenção do DMA enquanto elemento essencial à própria vitalidade da economia digital e do mercado interno.

O diploma surge de uma necessidade de a evolução digital do mercado europeu ser acompanhada por disposições específicas que salvaguardem os objetivos e valores da União Europeia, salvaguardando o mercado interno nos termos do Art.º 114 TFUE: não se retira, por conseguinte, uma intenção puramente dirigida à proibição de práticas anticoncorrenciais. Haverá pois, uma conjugação de preocupações: concorrenciais com as relativas à proteção dos consumidores e respetivos dados pessoais, um *hot topic* no que concerne à regulação do espaço digital⁹³.

Em suma, o DMA assume-se como um instrumento que, depois de tanta litigância entre as *Big Tech* e a Comissão Europeia relativa aos mercados digitais, visa garantir a estabilidade e agilização do jogo concorrencial nestes mercados, prevenindo os *gatekeepers* de restringirem o acesso dos demais *players* ao mercado, almejando uma transparência ao mesmo tempo que salvaguarda a inovação⁹⁴, abrindo o mercado digital e os seus subsectores vitais à concorrência. A necessidade de intervenção do DMA torna-se mais impressiva quando analisamos alguns dos mercados digitais hoje em presença, como os motores de busca⁹⁵, *web browsers*⁹⁶ ou redes sociais⁹⁷, hoje integrantes do quotidiano de cada um. À necessidade desta intervenção, junta-se um propósito de complementar o Direito da Concorrência existente⁹⁸.

Inspirando-se na jurisprudência “*ex-post*”, o DMA mais não faz se não impor determinadas

89 Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, The Digital Services Act Package, (2022), disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>. Texto final do diploma disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_PT.html#title2.

90 Cfr. nota 26.

91 THOMAS TOMBAL, *supra*, n.º 24, pp. 2-3.

92 Cfr. notas 6 e 27.

93 BEATRIZ DE MACEDO VITORINO e JOÃO PINTO RAMOS, *supra*, n.º 26, pp. 109-112.

94 OCDE, *Ex ante regulation of digital markets*, n.º 16, pp. 16 e ss.

95 Em Julho de 2022, a Google gozava de uns indisputáveis 91,46% de market share neste ramo. Estatísticas disponíveis em <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share>.

96 Em Julho de 2022, o Google Chrome detinha 65,12% deste mercado. Estatísticas disponíveis em <https://gs.statcounter.com/browser-market-share>.

97 Em Julho de 2022, o Facebook era a rede social mais popular, detendo 75% deste mercado. Estatísticas disponíveis em <https://gs.statcounter.com/social-media-stats>.

98 Evidenciando a natureza complementar desta legislação ex ante, HEIKE SCHWEITZER e FREDERIK GUTMANN, *supra*, n.º 22, p. 3 e ainda a nossa nota 39.

condições *ex ante*, assim delimitando a atuação dos *gatekeepers*. Note-se que esta não é uma abordagem inédita no espaço da União. ALEXANDRE DE STREEL refere, a este propósito, uma tendência europeia em adotar medidas *ex ante* complementares às demais, de natureza *ex post*, quando estas não se afigurem suficientes⁹⁹: de resto, uma ideia reiterada mencionada no supra-mencionado Relatório *Furman*¹⁰⁰.

Para poder ser considerada como controladora de acesso, uma plataforma deve explorar um (ou mais) serviço essencial de plataforma (CPS), listados no Art.º 2, n.º 2 e preencher ainda os três requisitos – de verificação cumulativa – do indicados no Art.º 3, n.º 1, ambos do DMA: a empresa terá de ter um impacto significativo no mercado interno (alínea a), explorar um serviço essencial de plataforma que sirva de porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais e por último, ocupar uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou se for previsível que venha a ocupar tal posição¹⁰¹ num futuro muito próximo¹⁰².

Estes critérios qualitativos terão de ter ainda em conta os limiares quantitativos presentes no Art.º 3, n.º 2. Estes constituem limites objetivos muito específicos, abreviando o espectro de *gatekeepers* aos quais o DMA poderá ser potencialmente aplicável. Para efeitos de salvaguarda da segurança jurídica, habilita-se a Comissão Europeia a publicar *guidelines* ou dar a conhecer a sua metodologia de verificação destes *thresholds*¹⁰³. Se uma empresa preencher os limiares quantitativos e qualitativos contidos no diploma, terá de notificar a Comissão Europeia, uma vez que é esta quem tem a competência de designação dos *gatekeepers* (Art.º 3, n.º 3), podendo ainda ilidir a presunção de que o DMA lhe é aplicável¹⁰⁴. E vai mais longe: nos termos do Art.º 3, n.º 6 (ex vi Art.º 15), a Comissão poderá identificar como *gatekeeper* um CPS *provider* que, embora preenchendo os requisitos qualitativos para ser considerado um controlador de acesso, não preenche os requisitos do Art.º 3, n.º 2., fundamentando essa análise num conjunto de elementos qualitativos listados na norma. À primeira vista, parece-nos que esta discricionariedade concedida à Comissão deverá ser foco da jurisprudência relativa ao DMA no futuro.

Ainda a propósito da verificação de determinados CPS, levanta-se, contudo, um problema diferente: saber se as obrigações do DMA serão aplicáveis ao CPS em relação ao qual determinada empresa ainda não será *gatekeeper*. Ora, acompanhando o raciocínio de TOMBAL, parece-nos redutor aplicar as obrigações decorrentes de se ser a um *gatekeeper* ao concreto CPS que se tem por verificado. Com efeito, de acordo com o autor, o *threshold* aplicável a outros CPS da mesma em-

99 ALEXANDRE DE STREEL, Digital Markets Act: Policy Choices and Conditions for Success (13 de Janeiro de 2021), disponível em <https://www.promarket.org/2021/01/13/digital-markets-act-explainer-european-regulation-big-tech/>.

100 Cfr. nota 46.

101 No que concerne à exigência de atualidade ínsita à regulação *ex ante* que acima referimos, a parte final desta alínea evidencia-nos essa essencialidade. Sem este elemento de previsibilidade, o potencial aplicativo do DMA ver-se-ia reduzido.

102 Igualmente analisando o diploma, FLORIAN HEIMANN, *supra*, n.º 17.

103 Destacando a sua relevância, THOMAS TOMBAL, *supra*, n.º 24, pp. 6-7.

104 Elaborando neste ponto, *idem*, p. 8.

presa é mais reduzido, facilitando-se a aplicação do diploma aos ‘conglomerados digitais’, isto é, aqueles que forneçam vários CPS: basta provar que este CPS constitui uma parte de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais (Art.º 3, n.º 1, alínea b)¹⁰⁵.

Analizados de forma sintética os critérios que presidem à designação de determinada plataforma digital como um *gatekeeper*, que obrigações impõe o DMA a esta categoria restrita de destinatários?

As obrigações dos controladores de acesso encontram-se no Capítulo III do diploma, destacando-se aquelas vertidas nos Arts.º 5 a 7. Nelas incluem-se algumas restrições relativas ao acesso e uso de dados pessoais (por exemplo, Art.º 5, n.º 2), *self-preferencing* (por exemplo, Art.º 5, ns.º 3, 6, 7 e 8) e interoperabilidade entre os CPS e os serviços de terceiros concorrentes (por exemplo, Arts.º 7 ou 6, ns.º 3, 4, 6 e 7). Note-se ainda o disposto no Art.º 13, relativo à evasão, por parte dos *gatekeepers*, das obrigações que lhes são impostas e ainda as consequências do incumprimento das disposições do DMA (Arts.º 29 e 31), chamando-se a atenção para as pesadas sanções que poderão ser impostas.

Sobressai do texto do DMA que o *sole enforcer* do diploma será a Comissão Europeia, enquanto guardião dos Tratados. Este *centralized enforcement* parece-nos justificado porquanto o espectro de aplicação do diploma, em razão da própria dinâmica do mercado digital, ultrapassa a realidade interna dos Estados-Membros, dizendo respeito ao mercado interno no seu todo. Nessa medida, justifica-se que as autoridades da concorrência nacionais se vejam relegadas para um segundo plano, de mera coordenação e assistência¹⁰⁶ (especialmente numa parte mais inicial, de recolha de informações no quadro de uma investigação a determinado suposto infrator). Ainda relativamente ao *enforcement* das medidas contidas no diploma, note-se que, uma vez gozando de aplicabilidade direta no ordenamento jurídico (dado tratar-se de um Regulamento), abre-se caminho ao *private enforcement* junto dos tribunais nacionais, facilitando-se a tutela das posições dos indivíduos lesados.

Por fim, o *Digital Markets Act* constitui um marco fundamental na regulação dos mercados digitais. Partindo do labor jurisprudencial do TJUE e do seu papel na delimitação das práticas anticoncorrenciais no mercado digital¹⁰⁷, o DMA visa salvaguardar a vitalidade do jogo concorrencial nestes mercados, ao impor um conjunto de obrigações muito específicas a um leque restrito de sujeitos que, pela sua dimensão, terão um potencial distorcivo da concorrência e do mercado interno notável. Além do incentivo à disputabilidade destes mercados, almeja-se igual-

105 THOMAS TOMBAL, *supra*, n.º 24, pp. 8-9.

106 A este respeito, veja-se o considerando n.º 99 do DMA.

107 Cfr. nota 23. A este respeito, o Acórdão Google Shopping merece referência. Com efeito, uma vez confirmando em larga medida a tese da Comissão de que a Google incorreu num abuso de posição dominante, este aresto representa ainda um marco importante na aplicação do Art.º 102 TFUE ao espaço digital. Sobre os vários impactos do acórdão, remete-se para CRISTINA CAFFARRA, “Google Shopping: A shot in the arm for the EC’s enforcement effort, but how much will it matter? in e-Competitions Big Tech & Dominance, Art. N.º 104053, (13 de Dezembro de 2021), disponível em https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/article-104053_1_.pdf?75423/b220c3e1d975e973b9f24b14d3c0d5947a69dd623d629dff7a99725eeba4c58f e ainda PHILIP MARSDEN, *supra*, n.º 31, pp. 554 e ss. Outras decisões merecem menção, como as relativas ao Google Android e Google AdSense.

mente uma concorrência leal e maior transparência do próprio mercado, objetivos transversais à regulação legislativa nesta matéria noutros ordenamentos¹⁰⁸.

4.2. Os Mercados Digitais noutros Ordenamentos

Atestam-se outras realidades legislativas relevantes, como a alemã, cuja alteração (a décima) à sua lei da concorrência precede inclusive a entrada em vigência do DMA. Nela concebem-se determinados requisitos *ex ante* aplicáveis aos mercados digitais¹⁰⁹. Aliás, a lei alemã parece ter um espectro aplicativo semelhante ao DMA, aplicando-se também de forma assimétrica: aplicar-se-á apenas a algumas empresas do mercado, em vez de ao mercado em geral¹¹⁰. Por razões de síntese, restringiremos a análise às demais iniciativas legislativas à britânica e à norte-americana.

4.2.1. A Experiência Britânica

No Reino Unido verificamos igualmente um interesse em regular a atividade dos *players* dominantes nos mercados através de um código de conduta aplicável apenas a um leque específico de empresas, isto é, aquelas que gozem de um ‘*strategic market status*’ (doravante, SMS) de acordo com o Relatório *Furman*. As SMS serão aquelas empresas que exercem um poder de mercado de tal maneira que conseguem controlar o acesso de terceiros ao mercado¹¹¹. A *Competition and Markets Authority* (CMA) tem uma definição ligeiramente diferente mas coincidente na sua essência¹¹². Em geral, o conceito é em tudo semelhante ao de um *gatekeeper* na aceção do DMA.

No que toca ao espectro de atividades açamarcáveis por uma regulação setorial específica, a proposta britânica diverge daquilo que encontramos no DMA ou até nos Estados Unidos, enveredando por uma definição aberta das atividades sujeitas a esta regulamentação, permitindo uma maior maleabilidade à evolução e às dinâmicas do próprio mercado. Uma definição aberta como a que aqui verificaríamos, muito embora tenha o ponto favorável de que permitiria subsumir à norma novas realidades que atualmente ainda não se perspetivam como integrando o mercado digital, a verdade é que correspetivamente, conduzir-nos-ia a zonas cinzentas com perturbações para a segurança jurídica e previsibilidade necessárias aos agentes económicos e consumidores em geral¹¹³.

108 OCDE, *supra*, n.º 16., pp. 16 e ss., identificando as realidades legislativas de outros ordenamentos relevantes como o alemão, o britânico ou o norte-americano.

109 *Idem*, pp. 17, 20 e 24 e ss., contendo uma análise detalhada às alterações legislativas alemãs.

110 *Idem*, p. 13.

111 JASON FURMAN, *supra*, n.º 45, p. 55.

112 COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Online Platforms and Digital Adversiting* (2020), pp. 335-336, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.

113 De certa forma apontando neste sentido, THOMAS TOMBAL, *supra*, n.º 24, p. 15.

A via britânica no que concerne aos critérios de designação de um SMS não se afasta muito da que vemos no DMA. Com efeito, assenta em três critérios: o poder de mercado substancial, a posição entrincheirada no mercado¹¹⁴ e a posição estratégica (isto é, uma posição em que os efeitos do seu poder de mercado poderão ser significantes¹¹⁵).

Por fim, já quanto à designação dos destinatários, no Reino Unido, à semelhança do que se vê na União Europeia ou nos Estados Unidos, aplicar-se-ia a toda a empresa, embora depois, aproximando-se da solução norte-americana, as obrigações sejam relativas às atividades designadas, ao mesmo tempo obrigando a uma ‘imutabilidade’ das operações não designadas (exceto se essa mudança trouxer benefícios significativos), afigurando-se neste ponto uma novidade¹¹⁶.

4.2.2. A Experiência Norte-Americana

A experiência norte-americana na regulação *ex ante* dos mercados digitais, motivada pelo *Relatório Stigler*, é ainda embrionária. São quatro as propostas legislativas nesta matéria. Uma delas, o *American Choice and Innovation Online Act*, por exemplo, inspira-se no DMA¹¹⁷, suscitando-nos maior interesse, concebendo uma lista fechada de obrigações e proibições aplicáveis a todas as *covered platforms*, isto é, *websites*, aplicações móveis, sistemas operativos, *digital assistants* ou outros serviços *online* se satisfizerem determinados requisitos como a sua capitalização de mercado, utilizações mensais ou se forem *critical trading partners*, isto é, se pela natureza da sua atividade, dispõem da capacidade de restringir ou impedir o acesso de um utilizador profissional aos utilizadores finais¹¹⁸. Os dois primeiros critérios são semelhantes aos critérios quantitativos existentes no DMA, com três particularidades, identificadas por TOMBAL, para onde remetemos¹¹⁹.

Por fim, quanto à designação dos entes regulados, revela-se incerta a via enveredada pelas propostas norte-americanas, que visam antes os operadores das *covered platforms*, isto é, aqueles que beneficiem, direta ou indiretamente, da atividade desta plataforma, ao contrário do que vemos suceder no DMA, com a sua via ‘maximalista’, aplicando as suas disposições à empresa, globalmente considerada e não apenas à concreta atividade prestada.

114 Valerão aqui as considerações tecidas acima, designadamente a propósito do DMA.

115 THOMAS TOMBAL, *supra*, n.º 24., p. 16.

116 *Idem*, p. 17.

117 *Idem*, p. 23.

118 *Idem*, p. 12.

119 *Idem*, pp. 12-14.



5. A Salvaguarda da Inovação no Contexto da Regulamentação do Digital: breves considerações

Um dos objetivos da regulação *ex ante* do mundo digital é a promoção da inovação, de acordo com a OCDE¹²⁰. Aliás, o DMA assume a promoção da inovação como um dos seus desígnios nos seus considerandos ns.º 25 e 107, ao mesmo tempo que reconhece que o défice de disputabilidade dos mercados afeta negativamente o potencial dessa mesma inovação (considerando n.º 32). Refira-se ainda que a promoção da equidade, também mencionada pela OCDE, é igualmente um objetivo do DMA (considerando n.º 34).

É certo que a inovação tecnológica atual movimenta enormes necessidades de investimento e financiamento que, em teoria, pelo seu valor, só os gigantes tecnológicos estarão em capacidades de providenciar. Contudo, a verdade é que uma vez reforçado o dinamismo do mercado, permitindo-se aos agentes mais pequenos um acesso mais facilitado ao mercado e aos seus potenciais consumidores, estaremos a potenciar a própria inovação: a disputa concorrencial gera avanços que ulteriormente beneficiam o consumidor final. Uma das propostas legislativas atualmente pendentes no Senado norte-americano contempla mesmo cláusulas de prevenção de condutas abusivas que limitem a inovação¹²¹. Este objetivo não é, todavia, conforme transparece do relatório da OCDE já citado, uniforme em todos os ordenamentos legislativos. Dir-se-á, não obstante, mais uma vez, que, uma vez salvaguardada a vitalidade do mercado e a sua contestabilidade, tal permitirá já por si um inconformismo favorável à participação no mercado de empresas mais inovadoras¹²² (basta pensar no infínitável número de *start-ups* que hoje existem).

120 OCDE, *supra*, n.º 16, pp. 20 e ss.

121 *Idem*, p. 21.

122 *Idem*, pp. 21-22.



6. Considerações Finais: uma nova luz no Direito da Concorrência?

A opção por um modelo *ex ante*, assente num conceito-chave de *gatekeeping* – com denominações variáveis nos diversos ordenamentos, note-se –, representa um ponto relevante no que concerne à própria intervenção do Direito da Concorrência, desviando-se do clássico modelo *ex post* que até aqui, nesta matéria, tem definido a atuação das autoridades competentes, como se viu. Representará, então, este desvio uma mudança de ‘paradigma regulatório’?

Conforme pudemos atestar ao longo destas páginas, os mercados digitais colocam alguns obstáculos à concorrência que os regimes *ex post* não têm conseguido, por si só, debelar. Surge, pois, a necessidade de uma regulação antecipatória que permita placar as distorções da concorrência que as grandes plataformas materializam nos mercados digitais, evitando prolongadas batalhas judiciais já extemporâneas e que pouco contribuirão para a destituição de um gigante tecnológico que haja adquirido a sua posição cimeira à custa do sacrifício da concorrência. Note-se, todavia, que estas *leges specialis* de natureza *ex ante* deverão ser assumidas numa lógica dual, não pretendendo substituir ou ultrapassar as disposições *ex post* já existentes: se é certo que no âmbito da União Europeia, este ponto parece-nos inconsequente¹²³, a questão assume uma natureza diversa noutros ordenamentos. Neste ponto, destacamos o *Relatório Furman*, ao advertir explicitamente para os riscos de uma transição total de esquema regulatório¹²⁴, preocupações que partilhamos.

Por tudo o exposto, parece-nos difícil falarmos na reconfiguração de paradigmas regulatórios: esta suposta luz no Direito da Concorrência, além de não ser nova¹²⁵, não será mais que um caminhar legislativo no sentido de acompanhar com eficiência o evoluir de um mercado

123 Tal nem sequer seria possível no âmbito do Direito da União Europeia, uma vez que o direito derivado (DMA) em caso algum poderá fazer ceder o Direito Primário da Concorrência, uma vez se encontrando vertido nos Tratados.

124 JASON FURMAN, *et al.*, *supra*, n.º 45, p. 102.

125 Cfr. pp. 22-23.

particular, altamente dinâmico e com plúrimas especificidades estruturais justificativas de uma tutela regulatória adicional, de natureza complementar, que, todavia, como se disse, não será isenta de riscos, como a potencial falta de adaptabilidade à realidade que se visa regular e os hipotéticos conflitos de jurisdição, em razão da sobreposição de competências ou antinomias jurídicas que se poderão gerar¹²⁶. Só o tempo e a jurisprudência nos revelarão a utilidade e o impacto destes prismas regulatórios na delimitação dos mercados digitais.

126 Pensamos a este respeito do risco de certas condutas proibidas pelo DMA não recaírem nas cláusulas dos Arts.º 101 ou 102, TFUE e que por essa via não seriam proibidas. Cfr. nota 49.



7. Bibliografia Consultada

ALEXIADIS, Peter, “Balancing the Application of Ex Post and Ex Ante Disciplines under Community Law in Electronic Communications Markets: Square Pegs in Round Holes?”, in *Rights and Remedies in a Liberalised and Competitive Internal Market*, (2012), disponível em <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/Alexiadis-BalancingtheApplicationofExPostandExAnteDisciplines.pdf>.

BISCEGLIA, Michele, et al, “Vertical integration, innovation and foreclosure with competing ecosystems”, in *Information Economics and Policy*, vol. 60, (September 2022), disponível em <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2022.100981>.

BOUGETTE, Patrice., **BUDZINSKI**, Oliver e **MARTY**, Frédéric, “Self-Preferencing and Competitive Damages: A focus on exploitative abuses”, in *The Antitrust Bulletin*, vol. 6, no. 2, (2022), disponível em <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X221082757>.

CABRAL, Luís, et al, *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts, Luxembourg: Publications Office of the European Union*, (2021), disponível em <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC122910>.

CAFFARRA, Cristina., “Google Shopping: A shot in the arm for the EC’s enforcement effort, but how much will it matter? In *e-Competitions Big Tech & Dominance*, Art. N.º 104053, (13 de Dezembro de 2021), disponível em https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/article-104053_1.pdf?75423/b220c3e1d975e973b9f24b14d3c0d5947a69dd623d629dff7a99725eeba4c58f.

CAIAZZO, Rino., “Recent developments in EU antitrust enforcement against big tech”, in *Competition Law International*, vol. 15, no. 2, (December 2019), disponível em <https://www.cdplex.it/upload/file/items/files/recentdevelopmentsinEuantitrust.pdf>.

COLOMO, Pablo Ibáñez, “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, in *World Competition*, vol. 43, no. 4, (2020), disponível em <https://doi.org/10.54648/woco2020022>.

CRÉMER, Jacques, et al, “Competition Policy for the digital era”, in *Publications Office of the European Union*, (2019), disponível em <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>.

FUNTA, Rostilav, “Economic and legal features of digital markets”, in *DANUBE: Law, Economics and Social Issues Review*, vol. 10, n. º 2, (2019), disponível em <https://doi.org/10.2478/danb-2019-0009>.

FURMAN, Jason, et al., “Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel”, *HM Treasury*, (2019), disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

GERARDIN, Damien, “Why is ex ante regulation of system online platforms needed on top of competition law?”, in *The Platform Law Blog*, (7 de Maio de 2020), disponível em <https://the-platformlaw.blog/2020/05/07/why-is-ex-ante-regulation-of-systemic-online-platforms-needed-on-top-of-competition-law/>.

HEIMANN, Florian., “The Digital Markets Act – We gonna catch ‘em all?” in *Kluwer Competition Law Blog*, (13 de Junho de 2022), disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/06/13/the-digital-markets-act-we-gonna-catch-em-all/>.

HUTCHINSON, Christophe Samuel e **TREŠČÁKOVÁ**, Diana., “Tackling gatekeepers’ self-preferencing practices”, in *European Competition Journal*, (2022), disponível em <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2034332>.

JEFFS, Claire e **DHONDT**, Nele., “Introduction: Why Digital Markets?” in *Digital Markets Guide*, London: Law Business Research Ltd., (2021), disponível em <https://globalcompetitionreview.com/guide/digital-markets-guide/first-edition>.

KHAN, Lisa, “Amazon’s Antitrust Paradox”, in *Yale Law Journal*, vol. 126, no. º 3, (2017), disponível em https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf.

KRÄMER, Jan, et al., *Digital Markets and Online Platforms: New Perspectives on Regulation and Competition Law*, Brussels: CERRE, (2020), disponível em https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/11/CERRE_Digital-markets-and-online-platforms_new-perspectives-on-regulation-and-competition-law_November2020.pdf.

KRANZBERG, Melvin., “Technology and History: ‘Kranzberg’s Laws’”, in *Technology and Culture*, vol. 27, n. º 3, (1986), disponível em <https://doi.org/10.2307/3105385>.

MA, Jingyuan, *Regulating Data Monopolies: A Law and Economics Perspective*, (Singapore: Springer, 2022), disponível em <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-981-16-8766-2.pdf>.

MARSDEN, Philip., “Google Shopping for the Empress’s New Clothes – When a Remedy Isn’t a Remedy (and How to Fix it)”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11, no. º 10, (December 2020), disponível em <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa050>.

NARAYANAN, Badri e **LEE-MAKIYAMA**, Hosuk., “Economic Costs of Ex Ante Regulations”, in *ECIPE Occasional Papers*, no. º 7/2020, (2020), disponível em https://ecipe.org/wp-content/uploads/2020/10/ECI_20_OccPaper_07_2020_Ex-ante_Regulations_LY06.pdf.

PADILLA, Jorge, “Self-Preferencing in Markets with Vertically Integrated Gatekeeper Platforms”, in *The Journal of Industrial Economics*, vol. 70, no. 2, (June 2022), disponível em <https://doi.org/10.1111/joie.12287>.

PODSZUN, Rupprecht, *Private enforcement and platform regulation: Two GAFA-cases – and what they tell us about the Digital Markets Act*, (2021), disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3862497>.

PRADO, Tiago Sousa, “Assessing the Market Power of Digital Platforms” in *Quello Center Working Paper, TPRC48: The 48th Research Conference on Communication, Information, and Internet Policy*, (2020), disponível em <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3747793>.

RAHMAN, Sabeel., “Regulating Informational Infrastructure: Internet Platforms as New Public Utilities”, in *Georgetown Law Technology Review*, vol. 2, (2018), disponível em <https://georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2018/07/2.2-Rahman-pp-234-51.pdf>.

SCHWEITZER, Heike e **GUTMANN**, Frederik., “Unilateral Practices in the Digital Market: An overview of EU and national case-law” in *e-Competitions Unilateral Practices in the Digital Market*, Art.º no. 101045, (15 de Julho de 2021), disponível em <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/article-101045.pdf?72864/61e38c0d8650bcb359bdf12a1a30dd0f69de153a0f0d338671b31f9c9e3b68bc>.

SILVA, Miguel Moura e., *Direito da Concorrência*, 2ª ed., Lisboa: AAFDL, (2018).

STREEL, Alexandre de, *Digital Markets Act: Policy Choices and Conditions for Success* (13 de Janeiro de 2021), disponível em <https://www.promarket.org/2021/01/13/digital-markets-act-explainer-european-regulation-big-tech/>.

STREEL, Alexandre de, et al., “Digital Markets Act”: Making Economic Regulation of Platforms Fit for the Digital Age”, in *CERRE Report Paper*, (2020), disponível em https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/11/CERRE_DMA_Making-economic-regulation-of-platforms-fit-for-the-digital-age_Full-report_December2020.pdf.

TOMBAL, Thomas., “Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches”, in *European Competition Journal*, vol. (?), (2022), disponível em <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2034331>.

VITORINO, Beatriz de Macedo, e **RAMOS**, João Pinto., “Introdução à Proposta do Regulamento dos Mercados Digitais”, in *Revista de Direito e Tecnologia*, vol. 3, no. 1, (2021), disponível em <https://blook.pt/publications/publication/a4ff7ecea14/>.

YANELIS, Demetrius, “Margin Squeeze in the U.S and the EU: Why they differ?” in *European Scientific Journal*, vol. 11, n. 10, (November 2015), disponível em <https://eujournal.org/index.php/esj/article/view/6554>.

YUN, John M., “Vertical Mergers and Integration in Digital Markets”, in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, (2020), disponível em https://gaidigitalreport.com/wp-content/uploads/2020/11/The-Global-Antitrust-Institute-Report-on-the-Digital-Economy_Final.pdf.



8. Webgrafia Consultada

BONEL, Eleonora, “New rules for digital markets: a roadmap to the Digital Markets Act” in *European Digital SME Alliance*, (Julho 2022), disponível em <https://www.digitalsme.eu/new-rules-for-digital-markets-a-roadmap-to-the-digital-markets-act/>.

CHEE, Foo Yun, “EU lawmakers pass landmark tech rules, but enforcement a worry”, *Reuters*, (5 de Julho de 2022), disponível em <https://www.reuters.com/technology/eu-lawmakers-pass-landmark-tech-rules-enforcement-worry-2022-07-05/>.

CHEN, Brian X., “What’s all the Hype about the Metaverse?”, *The New York Times*, (18 de Janeiro de 2022), disponível em <https://www.nytimes.com/2022/01/18/technology/personal-tech/metaverse-gaming-definition.html>.

BANCO MUNDIAL, *Digital Development*, (20 de Abril de 2022), disponível em <https://www.worldbank.org/en/topic/digitaldevelopment/overview#1>.

BODONI, Stephanie, “Google Suffers Setback in Court Fight to Topple Record EU Fine”, *Bloomberg*, (14 de Setembro de 2022), disponível em <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-09-14/google-loses-most-of-its-eu-case-over-record-android-fine?leadSource=uverify%20wall>.

BONEL, Eleonora, “New rules for digital markets: a roadmap to the Digital Markets Act”, *European Digital SME Alliance*, disponível em <https://www.digitalsme.eu/new-rules-for-digital-markets-a-roadmap-to-the-digital-markets-act/>.

COMISSÃO EUROPEIA,

“Digital Services Act package: ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the Euro-pean Union’s internal market”, *Inception Impact Assessment*, disponível em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers_pt.

Shaping Europe's Digital Future, (2020), disponível em https://eufordigital.eu/wp-content/uploads/2020/04/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

The Digital Services Act Package, (2022), disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, Online Platforms and Digital Advertising, (2020), disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.

GOLDBERG, Jason, “E-Commerce Sales Grew 50% to \$870 Billion During the Pandemic”, *Forbes*, (18 de Fevereiro de 2022), disponível em <https://www.forbes.com/sites/jasongoldberg/2022/02/18/e-commerce-sales-grew-50-to-870-billion-during-the-pandemic/?sh=775f7c114e83>.

GOUJARD, Clothilde., “Big Tech firms set to face tough EU content rules”, *Politico*, (23 de Abril de 2022), disponível em <https://www.politico.eu/article/eu-strikes-deal-on-law-to-fight-illegal-content-online-digital-services-act/>.

KING, Stephen, “We allowed Facebook to grow big by worrying about the wrong thing”, *The Conversation*, (8 de Fevereiro de 2021), disponível em <https://theconversation.com/we-allowed-facebook-to-grow-big-by-worrying-about-the-wrong-thing-152190>.

OCDE,

“Ex ante regulation of digital markets”, OECD Competition Committee Discussion Paper, (2021), disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>.

An introduction to online platforms and their role in the digital transformation, Publicações OCDE, (2019), disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en#page1.

PARLAMENTO EUROPEU, “Digital Services: landmark rules adopted for a safer, open online environment”, *Press Release*. (5 de Julho de 2022), disponível em <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>.

STOLTON, Samuel,

“Vestager: Metaverse poses new competition challenges”, *Politico*, (18 de Janeiro de 2022), disponível em <https://www.politico.eu/article/metaverse-new-competition-challenges-margre-the-vestager/>.

“EU negotiators agree new rules to rein in tech giants”, *Politico*, (24 de Março de 2022), disponível em <https://www.politico.eu/article/eus-digital-markets-act-adopted/>.

UNCTAD,

“Digital Economy Report 2019: value creation and capture: Implications for developing countries”, *United Nations Publication*, (2019), disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf.

“Digital Economy Report 2021 – cross-border data flows and development: for whom the data flow”, *United Nations Publication*, (2021), disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf.



9. Jurisprudência Consultada

Acórdão TG, 10.11.2021, T-612/17, *Google e Alphabet c. Comissão (Google Shopping)*
EU:T:2021:763

Acórdão TG, 14.09.2022, T-604/18, *Google e Alphabet c. Comissão (Google Android)*,
EU:T:2022:541



CIDEFF

CIDEFF WORKING PAPERS

FALHAS DE MERCADO NUMA ECONOMIA GLOBALIZADA

**A REGULAMENTAÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS:
IMPACTOS E NOVOS PARADIGMAS**

UMA NOVA LUZ NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA?