



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Henrique Salgado Neves

**NOVOS DESAFIOS AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA
BIG TECH E ALGORITHMIC PRICING**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada
pela Professora Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha e apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

julho de 2021

Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

**Novos Desafios ao Direito da
Concorrência
Big Tech e Algorithmic Pricing
New Challenges to Competition Law
Big Tech and Algorithmic Pricing**

Henrique Salgado Neves

VOLUME 1

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre)

Orientadora: Professora Doutora Carolina Castro Nunes Vicente Cunha

Coimbra, 2021



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Resumo

As recentes evoluções tecnológicas que se têm vindo a observar, permitiram uma acentuada evolução em vários setores fundamentais ao funcionamento da sociedade bem como melhorias na nossa qualidade de vida.

Não obstante, tal evolução pode também causar vários problemas e revelar novos desafios. Como é lógico, o Direito não é impérvio a esta evolução e conseqüentemente, também deve o Direito da Concorrência adaptar-se a estas novas realidades.

Dito isto, é precisamente este o foco da nossa dissertação: os novos desafios criados pela tecnologia ao Direito da Concorrência, mais concretamente, novos desafios criados por fenómenos como *Algorithmic Pricing* ou por empresas responsáveis por criação de novas tecnologias da informação, nomeadamente, a *Big Tech*.

Pretende então esta dissertação dar resposta a estes problemas através do recurso à legislação europeia da concorrência, dando resposta a situações como o crescente aumento dimensional do *Facebook* e conseqüentemente do seu poder de mercado através de aquisições de empresas rivais, bem como a potenciais situações de abuso de posição dominante conectadas com este aumento de poder de mercado.

Pretende também esta dissertação analisar vários casos de *Algorithmic Pricing*, procurando respostas para casos de colusão expressa e tácita auxiliados por este fenómeno, não esquecendo a consideração de *Personalised Pricing* como potencial caso de abuso de posição dominante.

Abstract

The recent observable evolution of technology has allowed for a steep evolution of various sectors fundamental to the good functioning of our society as well as providing us with significant life quality improvements.

Despite that, such an evolution can also cause several problems and pose new challenges. Logically, the Law is not impervious to this evolution and consequentially, neither is Competition Law, which must adapt to these new realities.

With that said, this is precisely the main focus of this dissertation: the new challenges to Competition Law created by technology, more precisely, new challenges created by phenomena like *Algorithmic Pricing* or by companies responsible for the creation of new information technologies, namely, *Big Tech*.

It's then this dissertation's aim to give answers to these problems with recourse to European legislation, providing solutions to situations like the dimensional increase of Facebook and consequentially its market power through the acquisition of rival companies as well as potential abuse of dominant position situations which are connected precisely to this increase in market power.

This dissertation also aims at analysing some cases of *Algorithmic Pricing* while trying to offer solutions to cases of express collusion and tacit collusion aided by this phenomenon, not to forget the examination of *Personalised Pricing* as a potential abuse of dominant position.

Palavras-Chave

Direito da concorrência; Consumidores finais; Empresas; Tecnologias; *Big Tech*; *Sherman Act*; *Clayton Act*; *Anti-Trust*; *FTC*; *Hart-Scott-Rodino Act*; Regulamento (CE) N.º139/2004; *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; Algoritmos; *Algorithmic Pricing*; *Personalised Pricing*; *Dynamic Pricing*; Comportamento Paralelo; *Conscious Parallelism*; Práticas Concertadas; Práticas Facilitadoras; Adaptação Inteligente; Controlo de concentrações; Abuso de posição dominante; Tratado sobre o funcionamento da União Europeia; Colusão expressa; Colusão tácita; *Willingness-to-pay*; Dados pessoais; Comissão Europeia.

Keywords

Competition Law; Final consumers; Companies; Technologies; Big Tech; Sherman Act; Clayton Act; Anti-Trust; FTC; Hart-Scott-Rodino Act; Regulation (EC) N.º139/2004; *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*; Algorithms; *Algorithmic Pricing*; *Personalised Pricing*; *Dynamic Pricing*; Parallel Behaviour; *Conscious Parallelism*; Concerted Practices; Facilitating Practices; Intelligent Adaptation; Merger Control; Dominant Position Abuse; Treaty on the functioning of the European Union; Express Collusion; Tacit Collusion; *Willingness-to-pay*; Personal Data; European Commission.

Lista de Siglas e Abreviaturas

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

CEE – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

ADC – Autoridade da Concorrência

UE – União Europeia

FTC – *Federal Trade Commission*

CMA – *Competition and Markets Authority*

HSR Act – *Hart-Scott-Rodino Act*

DOJ – *Department of Justice*

GWB - *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

Etc – Et Cetera

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

Índice

Resumo	1
Abstract	2
Palavras-Chave	3
Keywords	3
Lista de siglas e abreviaturas	4
Índice	5
Introdução	6
1. Direito da Concorrência	8
1.1. A Evolução do Direito da Concorrência	8
1.2. Os Fundamentos do Direito da Concorrência	18
2. Novos desafios criados pela <i>Big Tech</i>	27
2.1. O caso <i>Facebook: Contextualização</i>	28
2.2. Abordagem legal	34
3. <i>Algorithmic Pricing</i> : Uma nova preocupação para o Direito da Concorrência. Potenciais aplicações do artigo 101º TFUE	41
3.1. A utilização de algoritmos para a implementação de colusão expressa pré- existente	43
3.2. A colusão tácita alimentada por algoritmos	47
4. <i>Personalised Pricing</i> : Potencial aplicação do artigo 102º TFUE	54
Conclusão	60
Bibliografia	63

Introdução

Com o surgimento geral de novas tecnologias e a ascensão de empresas dedicadas à sua produção, poucas ou nenhuma foram as áreas da nossa existência ou vivência em comum que permaneceram inalteradas. Com efeito, também o Direito se adaptou a esta nova realidade e é precisamente um dos ramos desta área, o Direito da Concorrência, em que a presente dissertação coloca o seu foco.

Pretende-se então com esta dissertação abordar várias problemáticas criadas por dois fenómenos que embora não diretamente relacionados, são ambos sintomas da mudança de paradigma a que se assiste causa pela rápida evolução tecnológica dos últimos anos. Falamos dos dois casos que serão analisados: *Big Tech* e *Algorithmic Pricing*. Será este o quesito nuclear aqui abordado, sendo que se tentará dar resposta a alguns problemas criados por estes dois fenómenos, problemas esses que se podem revelar preocupantes no âmbito do Direito da Concorrência.

Nesta senda, analisaremos o contínuo crescimento das dimensões de uma empresa Big Tech, bem como do seu poder de mercado e os potenciais problemas que tal pode causar. Com efeito, os crescimentos dimensionais e de poder de mercado contínuos desta empresa por meios que podem não se afigurar como legítimos, ameaçam monopolizar o mercado em que a mesma se insere, bem como deixa antever potenciais situações de abuso de posição dominante.

Analisaremos então a resposta da legislação norte-americana ao problema do crescimento das dimensões e do poder de mercado desta empresa, efetivado através do conjunto de uma série de aquisições de outras empresas, que naturalmente implicam uma diminuição dos níveis de concorrência no mercado em questão e uma progressiva monopolização do mesmo. Neste âmbito será também brevemente abordado o controlo de concentrações observável na legislação europeia como potencial resposta ao crescimento dimensional e de poder de mercado excessivo de determinadas empresas.

Será também analisada a abordagem que poderá ser feita, em sede europeia, a certas práticas por este tipo de empresas que podem certamente constituir abusos de posição dominante.

Deixando as empresas responsáveis pela criação de tecnologia e passando à tecnologia em si, abordaremos um tipo de tecnologia denominado de *Algorithmic Pricing*.

Será por isso feita a análise de duas situações em que estes tipos de algoritmos podem criar ou meramente auxiliar situações de colusão expressa e tácita entre operadores no mercado, tecendo-se considerações sobre as eventuais repercussões legais a estas práticas, com a eventual aplicação do artigo 101º do TFUE (Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) às mesmas.

Finalmente, será também feita uma análise à temática do *Personalised Pricing*, contemplando esta dissertação a eventual aplicação do artigo 102º TFUE à realização desta prática no âmbito de relações com consumidores finais, com especial ênfase nas alíneas a) e c) do já referido preceito normativo.

Não obstante termos já revelado os pontos principais desta dissertação, aludimos também à exposição histórica elaborada, que nos permite observar a evolução da lógica subjacente ao Direito da Concorrência ao logo dos tempos bem como nos permite abordar, ainda que de forma breve, a criação dos artigos 101º e 102º do TFUE, artigos estes que guiarão as várias análises presentes na dissertação.

Referimos também uma secção destinada a explanar alguns dos fundamentos base do Direito da Concorrência, fundamentos esses que informam os objetivos do mesmo bem como a legislação em concreto, algo que explica a lógica à luz da qual os problemas aqui contidos serão abordados.

1. Direito da Concorrência

I.1. A Evolução do Direito da Concorrência

Tendo em conta a pertinência especialmente acentuada que, para efeitos da presente dissertação, a temática do Direito da Concorrência assume, optamos por começar a presente exposição pela evolução deste ramo do Direito, enunciando alguns elementos históricos, tanto a nível nacional como internacional, que nos levaram ao seu presente estado.

Com efeito, a história do Direito da Concorrência leva-nos forçosamente, pelo menos no seu estado moderno, a visitar os Estados Unidos da América e a atentar mais especificamente no *Sherman Anti-Trust Act* de 1890, reconhecido amplamente como a origem do Direito da Concorrência moderno.¹

Foi então a intenção primária do *Sherman Anti-Trust Act* proibir o surgimento de cartéis e acordos informais. No entanto, esta lei parecia apenas aplicar-se a cartéis (que naturalmente se afiguram como acordos entre empresas com atividades concorrentes de forma a restringir concorrência, geralmente sendo acordos que se focam nos preços praticados, nomeadamente no seu aumento, restrições de vendas e até de capacidades de produção, constituindo esta prática uma restrição de concorrência deveras grave, prejudicando o consumidor e restringindo a oferta²) e a este género de acordos informais, deixando de fora outros tipos de acordos tais como fusões (*mergers*), algo que desde cedo os advogados notaram, tendo ainda espaço para realizar estas fusões devido ao facto de esta lei ser federal, ou seja, tudo o que fossem fusões dentro de determinado estado e que observassem a sua lei, seriam permitidas sob o *Sherman Anti-Trust Act*.³

Tal fator contribuiu para o surgimento de várias fusões por todos os estados, resultando numa reorganização das indústrias americanas em oligopólios, ou seja, firmas integradas, leia-se, conglomerados de empresas unidas que alcançavam dimensões

¹ Ullrich, Hanns – *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?* Edward Elgar Publishing, 2006. P. 18

² http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx

³ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*. P. 3; Capítulo 10

consideráveis. Tal fenómeno deu então origem àquela que viria a ser a interpretação adotada do *Sherman Anti-Trust Act* pelo *Supreme Court*.⁴

O entendimento era que a ilegalidade proclamada pela lei já aqui referida não tinha a sua origem no tamanho das firmas e aglomerados de empresas, mas sim da falta de razoabilidade ao ser revelada intenção de excluir e restringir outros agentes de mercado de forma a controlar ou até mesmo aniquilar qualquer tipo de concorrência. Era então presumido que o tamanho de quaisquer fusões que pudessem ser formadas não era por si só motivo para ser decretada a sua ilegalidade, a não ser que tal ocorrência desse origem a um severo detrimento da competição, e fosse este desiderato a intenção primária por trás das fusões.⁵

Foi então posteriormente confirmado este entendimento através do *Clayton Act*, que cristalizou a regra de razoabilidade já acima explanada, ou seja, apenas seriam proibidas fusões e aquisições quando a intenção que as motivava era precisamente reduzir concorrência e criar monopólios de forma pouco ou nada razoável. Estes dois entendimentos fornecidos pelo *Sherman Act* (que proibia cartéis) e pelo *Clayton Act* (que instituía a regra da razoabilidade), viriam então a constituir as bases e as principais características do Direito da Concorrência Norte-Americano.⁶

No entanto, estes entendimentos eram apenas seguidos nos EUA e não no velho continente.

De facto, para podermos explicar a evolução do direito da concorrência na Europa, temos que nos focar em um dos pontos em que a história dos EUA e da Europa se cruzam. Com efeito, temos de considerar o pós-guerra, nomeadamente os efeitos que se seguiram ao final da segunda guerra mundial.

Sendo assim, é imperativo falar na ocupação da Alemanha por parte dos aliados que incluía um plano de descartelização, plano esse que revelou ser a primeira ocorrência de

⁴ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*. P. 3; Capítulo 10

⁵ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*. P. 3; Capítulo 10

⁶ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*. P. 3 e 4, Capítulo 10

descartelização nesse mesmo país e na Europa, e que teve lugar a partir de 1947 até muito pouco tempo antes da assinatura do tratado da *Comunidade Europeia do Carvão e do Aço*.⁷

Tal plano dos Aliados, pode ser explicado pela resistência histórica que se fazia sentir na Europa à concorrência, sendo a economia por cartel o *status quo* até 1945. Para isso basta-nos observar que os cartéis eram instituições económicas respeitadas, com fenómenos como a estabilização dos mercados por parte dos governos ou a cartelização obrigatória na Alemanha Nazi a explicarem a aceitação europeia deste tipo de acordos, enquanto motores de desenvolvimento industrial, capazes de impulsionar o crescimento económico europeu.⁸

Relativamente ao que foi dito acima sobre a Alemanha Nazi, constata-se após a guerra uma preocupação no mesmo país (agora liberado) com os cartéis, precisamente por terem tido um papel determinante na ascensão do regime totalitário que já aqui foi mencionado. Esta preocupação levou então os aliados a implementarem medidas de descartelização, medidas essas que encontravam a sua raiz na já longa tradição de direito da concorrência norte-americano, que, precisamente, proibia tipos de organizações como cartéis e *trusts*. No caminho para o retorno à soberania, a Alemanha teria então de descartelizar a sua economia, e os agentes alemães teriam de preparar o seu próprio direito da concorrência que substituiria a legislação de 1947. No entanto, a influência americana não se focou apenas na descartelização, colocando também ênfase na desconcentração, tentando desconcentrar a indústria alemã através da separação de grandes firmas. Porém, este plano perdeu algum do seu fulgor e eventualmente as autoridades americanas viriam a advogar uma estrutura oligopolística para a economia alemã, alegando que os oligopólios, quando regulados por robustas leis de direito da concorrência, produzem resultados bastante favoráveis. Este entendimento não viria, no entanto, a ser aceite na Alemanha, não sendo esta economia baseada em oligopólios, como se pôde constatar na própria lei, denominada *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Lei contra restrições à concorrência), que embora proibindo oligopólios em 1955, sofreu algumas restrições ao escopo da proibição até à versão final da lei em 1958. Esta lei aproximaria então o direito da concorrência alemão da longa tradição de *anti-trust* americana.⁹

⁷ Ullrich, Hanns – *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?* Edward Elgar Publishing, 2006. Pgs. 23 a 25

⁸ Ullrich, Hanns – *The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?* Edward Elgar Publishing, 2006. Pgs. 23 a 25

⁹ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*. P. 5; 6; 8; Capítulo 10

Estando em vigor esta lei, constatava-se que esta se aplicava a dois tipos de acordos: acordos que tinham em vista restringir a competição, tais como a concertação de preços entre empresas concorrentes e acordos verticais¹⁰, que se caracterizam por pretenderem criar condições ou acordos, oferecidos ou impostos entre agentes em níveis diferentes da cadeia de distribuição, tais como a venda exclusiva de determinado produto. Estes tipos de restrições implicam então a relação entre dois agentes em níveis diferentes da cadeia de distribuição, leia-se, o produtor e o distribuidor. Um exemplo deste tipo de restrição poderá ser a imposição de venda exclusiva de um refrigerante, por parte da produtora da bebida, a uma universidade à qual vende o respetivo produto.¹¹ Este tipo de restrições são ainda hoje contempladas no artigo 101º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* (TFUE), sendo punidas sempre que criarem condições de restrição da concorrência, não obstante a existência da isenções por categoria, que criam uma presunção de legalidade para acordos verticais, dependendo da quota de mercado do fornecedor e do comprador, sendo que se as respetivas quotas forem inferiores a 30%, qualquer acordo vertical cairá fora do âmbito do artigo 101º e ser-lhe-á aplicado o Regulamento de Isenção por Categoria, salvo, claro está, se houver restrições graves nos acordos verticais que podem resultar na total exclusão do acordo vertical do âmbito de aplicação do regulamento¹². Se as quotas, no entanto, forem superiores a 30% não existe qualquer presunção de que o acordo vertical caia no âmbito do artigo já aqui mencionado, mas também não há presunção de que o acordo é capaz de satisfazer as exigências do mesmo.¹³

Após este breve desvio que almeja explicar a diferença entre acordos horizontais (duas empresas concorrentes com o mesmo objeto, ou seja, mesma atividade no mercado que concluem de forma a restringir concorrência) e acordos verticais, afigurando-se os acordos horizontais como potencialmente relevantes para as situações de colusão que abordaremos posteriormente nesta dissertação, como a utilização de algoritmos para a implementação de colusão expressa pré-existente. Impõe-se agora que continuemos a discutir, embora de forma breve, a evolução histórica do direito da concorrência na Europa e posteriormente em Portugal.

¹⁰ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – *Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe*. P. 8; Capítulo 10

¹¹ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/V/VerticalRestraint.aspx>. Ver também European Commission – Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints. P. 10

¹² European Commission – Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints. P. 17

¹³ European Commission – Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints. P. 9; 10

Dito isto, foi em maio de 1950 que a França propôs um plano para juntar as indústrias alemãs e francesas do carvão e do aço, com vista a criar condições de paz e cooperação económica entre os vários países europeus, algo que levantou medos de que se estivesse a planear uma espécie de cartel europeu. Precisamente para responder a estes medos, foi necessário implementar legislação que prevenisse comportamentos anti concorrenciais, algo que revelou ser contencioso com objeções vindas de várias comunidades empresariais, tanto que nas primeiras negociações, foram excluídos os representantes industriais. Foi então que, para combater estes comportamentos anti concorrenciais, os franceses implementaram no tratado da comunidade europeia do carvão e do aço duas disposições, nomeadamente, nos artigos 60 e 61. Estes artigos proibiam então, respetivamente, cartéis e lidavam com a questão do abuso de poder de mercado devido a concentração excessiva, não proibindo, todavia, novas concentrações assim como fusões, desde que estas não afetassem excessivamente a concorrência e a restringissem. Na versão final deste tratado, o artigo 60 passaria a ser o 65, uma proibição *per se* de cartéis e acordos capazes de distorcer competição, seguindo a tradição americana. O artigo 61 passaria a ser o artigo 66, artigo este que permaneceu basicamente inalterado, submetendo possíveis fusões à autorização de uma “*autoridade elevada*”. Para além destes artigos, que refletiam sem dúvida uma influência americana, foi ainda adicionado o artigo 67 que previa a possibilidade de a autoridade responsável pela aplicação do tratado autorizar os estados nacionais a aceitar determinados acordos quando cumpridas certas condições excecionais tais como crises sociais ou económicas. Tal artigo criou, no entanto, dificuldades na aplicação das normas concorrenciais contidas no tratado.¹⁴

Foi com o tratado de Roma, que veio criar a Comunidade Económica Europeia (CEE)¹⁵ e derrogar a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, que se estabeleceram as características atuais que podem ser observadas no direito da concorrência europeu, com os artigos 85 e 86 a estabelecerem as bases do direito que temos atualmente. No artigo 85 tínhamos mais uma vez uma proibição *per se* de cartéis, já contida no artigo 65 do tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), incluindo, no entanto, a exceção de se permitir certos acordos desde que capazes de melhorar a distribuição ou produção e criar progresso técnico ou económico. Já o artigo 86, inspirado no artigo 66 do tratado da CECA,

¹⁴ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe. Pgs. 10 a 13; Capítulo 10

¹⁵ https://europa.eu/european-union/about-eu/history_en

focava-se na proibição do abuso de posição dominante. No entanto, ao contrário da disposição contida no artigo 66 do tratado da CECA, o artigo 86 não se focava em fusões, mas antes no abuso de posição dominante.¹⁶

Chegados à era moderna, com a CEE transformada em União Europeia, podemos constatar que, atualmente, o direito da concorrência europeu deriva do TFUE, nomeadamente dos artigos 101º e 102º do tratado, que à semelhança do que aqui foi analisado acerca do tratado da CECA e do tratado de Roma que criou a CEE, lidam com a criação de cartéis através de acordos entre empresas independentes e concorrentes capazes de restringir concorrência entre outras situações como são exemplo as práticas concertada (artigo 101º) e abuso de posição dominante, como por exemplo, o abuso de um domínio de mercado através da prática de preços injustos (artigo 102º). Chegamos então ao quesito nuclear da nossa revisão histórica, que é precisamente a menção dos dois artigos que, posteriormente na nossa dissertação, assumirão um relevo essencial na resolução das problemáticas apresentadas pelos temas que propomos abordar, com o artigo 102º a revelar-se imprescindível para o tratamento da questão de potenciais abusos de posição dominante no contexto de *Big Tech* bem como para a temática do *personalised pricing* e assumindo o artigo 101º carácter essencial para a temática da utilização de algoritmos para a implementação de colusão expressa pré-existente bem como a colusão tácita alimentada por algoritmos. Serviu então esta exposição histórica também para aclarar a evolução destes preceitos normativos e a lógica que presentemente se constata nos mesmos.

Tendo sido já feita uma breve exposição sobre a evolução do Direito da Concorrência a nível europeu, compete-nos agora fornecer uma visão, também de forma breve, da evolução deste ramo do Direito em Portugal.

Sendo assim, em Portugal, podemos afirmar que o Direito da Concorrência, tal como o conhecemos, teve a sua origem no próprio Direito Comunitário, sendo um marco importante a este respeito a entrada de Portugal na CEE em 1986. Embora digamos que a origem se situa no Direito Comunitário, é de extrema relevância afirmar que a génese concreta do Direito da Concorrência nacional é precisamente a entrada em vigor do Decreto-Lei nº422/83 que era precisamente um instrumento para a preparação da entrada de Portugal

¹⁶ Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe. Pgs. 13 a 16, Capítulo 10

nas Comunidades Europeias.¹⁷ Afirmamos que este ramo do Direito tem a sua génese no Direito Comunitário porque até à entrada de Portugal na CEE, este ramo do Direito, ou seja, os regimes do Direito da Concorrência eram maioritariamente desconhecidos no ordenamento jurídico nacional, pela legislação e pelos juristas, sendo até geralmente confundido com a concorrência desleal, algo que visava sobretudo a proteção dos concorrentes, leia-se, das empresas, e não a proteção do consumidor.¹⁸

A partir daqui podemos constatar que o Direito da Concorrência nacional conhece três grandes fases de desenvolvimento, com uma primeira fase a situar-se desde a entrada de Portugal na CEE (que influenciou a criação do Decreto-Lei nº422/83) até à implementação da Lei 18/2003, de 11 de Junho, uma segunda fase em que são consolidadas as regras que constituem o regime da concorrência e que culmina com a entrada em vigor da Lei 19/2012, de 8 de Maio, e finalmente, uma terceira fase de reafirmação do Direito da Concorrência que tem o seu ímpeto com a introdução do novo regime jurídico da concorrência. Esta última fase é precisamente aquela que se estende até à atualidade.¹⁹

Sendo assim, e analisando aqui de forma mais detalhada as três fases a que nos referimos, podemos constatar que o primeiro passo em direção a um regime nacional de concorrência foi dado à entrada em vigor do Decreto-Lei nº422/83 de 3 de Dezembro.²⁰ Tinha, este decreto, como principal objetivo, e tal como se pode ler no seu primeiro artigo, a “*defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, assegurar a transparência do mercado, favorecer a realização dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos agentes económicos face à economia internacional*”. No entanto, e como se pode verificar após consultar as várias disposições do já referido decreto, em especial o artigo 3º, o mesmo não se focava em cartéis ou abusos de posições dominantes ao contrário do que já havia sido estatuído no Tratado de Roma ou no TFUE,

¹⁷ Augusto Barbosa da Fonte, Mário – Política da Concorrência em Portugal. Faculdade de Economia da Universidade do Porto: 2012. P.9

¹⁸ Lima, Ricardo Filipe Ferreira – A Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia em Simultâneo com o Direito Nacional – Problemas e Incompatibilidades: Melhorias Conseguídas com a Alteração da Lei Nº18/2003 para a Lei Nº19/2012. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2015. P.20

¹⁹ Silva, André Miguel dos Santos Lopes da – O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2013. P.20 e 21

²⁰ Silva, André Miguel dos Santos Lopes da – O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2013. P.21

focando-se ao invés na problemática dos preços (tal como a imposição de preços mínimos) e na recusa de venda de bens ou prestação de serviços.

Era então este o principal objeto do Decreto-Lei que agora foi, de forma breve, analisado, e que ficou um pouco aquém das necessidades económicas que se faziam sentir à altura da sua criação, nomeadamente, por não se focar de forma alguma nas concentrações de empresas ou abusos de posição dominante. Tal veio efetivamente a ser corrigido com o Decreto-Lei nº371/93 de 29 de outubro.²¹

Neste decreto-lei podiam então verificar-se já novas disposições, que à semelhança do que já acontecia a nível europeu com o Tratado de Roma e o TFUE, lidavam com a problemática de práticas concertadas que se afigurassem como ilegítimas, bem como a temática do abuso de posição dominante. Tal pode ser observado nos artigos 2º e 3º do já referido decreto-lei, com o artigo 2º a lidar com o problema das práticas concertadas e dos acordos, no qual se pode ler *“São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (...)”* e com o artigo 3º a proibir o abuso de posição dominante do mercado, tal como se pode inferir da letra da prescrição quando nos diz que *“É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”*.

Posteriormente, em 2003, foi aprovada a Lei nº18/2003 que aprovou o regime jurídico da concorrência. Nesta lei ocorre então uma vasta consolidação dos princípios e mais variadas disposições que constituem este tão importante ramo do Direito, consolidando a aproximação das normas nacionais de concorrência às normas europeias e solucionando qualquer lacuna ou aspeto menos funcional do anterior regime. Não menos importante para a consolidação do Direito da Concorrência em Portugal, foi a criação da ADC, que em conjugação com o Lei que acima mencionamos, permitiu que Portugal pudesse contar com

²¹ Silva, André Miguel dos Santos Lopes da – O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2013. P.21

um regime deveras consistente e adequado no que a este ramo do Direito concerne.²² A ADC veio então a ser criada pelo Decreto-Lei 10/2003.

Chegados à terceira fase da evolução do direito da concorrência nacional, constatamos que esta foi marcada pela entrada em vigor da Lei 19/2012. Não visava esta lei então romper com os conceitos já anteriormente definidos nos regimes antecedentes, mas sim meramente corrigir algumas falhas a nível processual. Visava então reforçar as disposições processuais do anterior regime, de forma a viabilizar uma melhor e mais concisa aplicação do Direito da Concorrência a nível nacional. Com maior importância ainda, e no que a nível processual concerne, foi a criação do novo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que passou a decidir os recursos interpostos das decisões da ADC, ao contrário do que sucedia aquando da vigência da Lei 18/2003 e tal como se podia constatar nos seus artigos 50º e 52º, em que os principais agentes responsáveis pela aplicação do Direito da Concorrência e proferimento de decisões no âmbito desta temática em território nacional eram a ADC, o Tribunal do Comércio de Lisboa e o Tribunal da Relação de Lisboa.²³ Tal pode ser constatado no artigo 84º da Lei 19/2012, mais especificamente no nº 3 do referido preceito, que prescreve que “*Das decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão*”. O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, a par do regime da concorrência, foi então criado pela Lei 46/2011 de 24 de junho.

Constata-se então uma consolidação e expansão processual e procedimental que pode ser observada na Lei 19/2012, que apresenta um regime da concorrência mais consistente quando comparado com o regime que anteriormente vigorava, implementado pela Lei 18/2003, algo que se pode verificar ao longo da Lei, como, a título de exemplo, na Secção II respeitante ao procedimento de controlo de concentrações, com inovações tais como o direito à informação que consta do artigo 48º, a desistência e renúncia do artigo 46º ou até mesmo a inquirição e prestação de informações que consta do artigo 43º de acordo com os poderes de supervisão da ADC.

²² Silva, André Miguel dos Santos Lopes da – O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2013. P.21

²³ Silva, André Miguel dos Santos Lopes da – O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2013. Pgs. 21 e 22

Assistiu-se, então, a partir de 2012 a uma reforma vasta a nível estrutural do Direito da Concorrência em Portugal, com inovações introduzidas tais como a aprovação da nova lei da concorrência, a criação do Tribunal da Concorrência a par do novo regime, a aprovação da Lei-Quadro das Entidades Reguladoras e em 2014, a aprovação dos novos estatutos da ADC, reforma esta que veio aperfeiçoar as disposições normativas da concorrência no nosso país, tendo por base a experiência que adveio da aplicação do regime da concorrência consagrado em 2003.²⁴

Não obstante ter sido aqui feita uma breve abordagem à evolução do Direito da Concorrência a nível nacional, compete-nos clarificar que a presente dissertação tomará maioritariamente em conta as disposições normativas europeias, disposições essas que em tudo são semelhantes às do direito nacional, estando este e o Direito da Concorrência Europeu intimamente interligados, sendo em tudo normativamente semelhantes, bem como a aplicação dos mesmos deveras similar.

²⁴ Intervenção do Presidente da Autoridade da Concorrência na Conferência “Direito e Política da Concorrência em Portugal: Evolução e Perspetivas” – Lisboa, 26 de novembro de 2015.

I.2. Os Fundamentos do Direito da Concorrência

Neste capítulo, versar-nos-emos sobre os próprios fundamentos do Direito da Concorrência e sobre a maneira como este ramo do Direito está diretamente relacionado com os consumidores *grosso modo*.

Assim, começamos pelos fundamentos políticos das regras de concorrência que é possível verificar hoje em dia, não só no nosso ordenamento jurídico, mas também a nível europeu e um pouco por todo o mundo. Um dos fundamentos políticos que convém abordar, prende-se diretamente com o controlo do poder económico. Tal tem a ver com o aumento exponencial da dimensão das empresas e consequente concentração de riqueza em apenas um número limitado de entidades económicas e indivíduos, algo que, poderá trazer uma vasta panóplia de ameaças às mais variadas instituições democráticas.²⁵

Este fundamento de controlo do poder económico pode ser explicado. Ao permitirmos um aumento exponencial de concentração de riqueza em determinadas empresas, permitimos também que os seus gestores detenham um poder francamente exagerado sobre uma grande parte dos recursos produtivos de uma nação. Controlando essa vasta maioria de recursos e tendo os destinos da economia nacional nas suas mãos, cria-se o perigo de que esses gestores não tenham em mente os melhores interesses do desenvolvimento económico nacional, respondendo antes a pressões providas de acionistas que, estarão mais interessados na maximização dos lucros das empresas do que benefício da economia. Resultado ainda mais adverso e mais pertinente à presente dissertação, será o facto de sob este sistema de grandes empresas não reguladas por um Direito da Concorrência, poder ser provocada uma situação em que os interesses do consumidor não serão tidos em conta, contribuindo para combater este fenómeno o ramo do Direito que agora analisamos.²⁶

Naturalmente, poderíamos falar aqui de situações em que se formam monopólios ou fenómenos semelhantes em que o poder no mercado é equiparável, algo que sem o Direito da Concorrência pode ocorrer através da constituição de agrupamentos de empresas que, sem esta regulamentação, podem tentar colocar barreiras à entrada no mercado de novas empresas que possam potencialmente concorrer, através de práticas predatórias ou, como já

²⁵ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.10

²⁶ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.10 e 11

foi mencionado, da própria cartelização.²⁷ Os efeitos práticos deste fenómeno seriam então iguais aos de uma situação de Monopólio, em que não há espaço para concorrência uma vez que o mercado é totalmente dominado por uma única empresa ou por um número restrito de empresas.

Tal pode, de forma gravosa, causar especiais danos aos interesses dos consumidores e reduzir o bem-estar social, uma vez que, em situação de monopólio é inúmeras vezes constatado que se tende a vender menos quantidades a preços deveras maiores de forma a maximizar lucros.²⁸ Tal sucede porque, havendo um único agente que domina o mercado, este não se preocupa com concorrência e com os preços praticados por esta, tendo o poder de criar a variação no preço que desejar, uma vez que é a única entidade que produz o produto em questão no mercado, não havendo o risco de perder consumidores para outras empresas ao aumentar preços.²⁹ No entanto, convém mencionar que, mesmo em situação de monopólio ou similar, uma empresa ou aglomerado de empresas, devido às próprias regras do mercado, não podem cobrar o preço que desejarem, uma vez que se este for demasiado elevado, continua a existir a possibilidade de que os consumidores simplesmente não consumam o produto ou o substituam por alternativas, que embora não sejam o produto concreto que a empresa vende, pode ter funções similares e provocar perdas consideráveis à empresa ou empresas em situação de monopólio³⁰ ou situação similar provocada por uma falta de presença de um regime considerável de concorrência. As empresas que se encontram nestas situações tendem então sempre a tentar minimizar os custos de produção e a aumentar as receitas oriundas das unidades que são vendidas, tendo liberdade para baixar a quantidade de unidades produzidas enquanto aumentam os preços dessas mesmas unidades.

Não obstante tudo o que foi descrito acima, podemos hoje constatar que este fundamento de controlo do poder económico político não influencia de particular maneira o Direito da Concorrência, nomeadamente na parte em que se preocupa com o poder económico que acima descrevemos, ou seja, somente com a dimensão das empresas e os interesses económicos subjacentes ao controlo de uma vasta porção dos recursos de

²⁷ M.Mateus, Abel – Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência - <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/abel-m-mateus-sobre-os-fundamentos-do-direito-e-economia-da-concorrencia/>

²⁸ M.Mateus, Abel – Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência - <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/abel-m-mateus-sobre-os-fundamentos-do-direito-e-economia-da-concorrencia/>

²⁹ <https://pressbooks.bccampus.ca/uvicecon103/chapter/8-1-monopoly/>

³⁰ <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/economics/monopoly/>

produção e a conversão desse poder económico em poder político. Acolhe, no entanto, particular relevância para o Direito da Concorrência, afigurando-se este como um dos seus principais objetivos, o controlo do poder de mercado que não deve ser confundido com o poder económico. Com efeito, o poder de mercado prende-se com o poder de fixar o preço de um produto, que pode ser a níveis superiores aos custos marginais de produção. Veremos posteriormente uma definição mais precisa deste conceito. Conclui-se então que ao Direito da Concorrência interessa particularmente o poder de mercado na medida do controlo dos preços e não tanto a dimensão das empresas por si só.³¹ Não obstante não podermos dizermos que este fundamento reveste atualmente carácter essencial para o Direito da Concorrência, é, no entanto, erróneo afirmar que o mesmo não aborda questões relacionadas com a dimensão de uma empresa, relevando este fator no âmbito de, por exemplo, controlo de concentrações de empresas. Esta preocupação está até presente na análise que faremos do comportamento do *Facebook*, que nos levará a abordar em concreto o tema do controlo de concentrações de empresas.

Importa ainda, a propósito de situações de monopólio ou equivalentes e de poder de mercado, distinguir entre *price takers* e *price makers*. Com efeito, estamos perante um *price taker* quando encaramos uma empresa que se encontra numa situação de concorrência e que, portanto, não tem a capacidade de definir o preço de um bem. Já estaremos perante um *price maker* quando nos encontramos diante de uma empresa que, por qualquer razão, consegue definir livremente o preço de um produto, por simplesmente não existir concorrência capaz de lhe fazer face e vender esse mesmo bem. No entanto, apesar de ser *price maker*, continua constringido pela procura e pela vontade dos consumidores de comprarem o produto, pelo que aumentar ou diminuir o preço pode, não obstante, ter consequências mesmo para empresas nestas situações.³²

Convém ainda referir que poder de mercado e poder de monopólio não são uma e a mesma coisa. Afigura-se então o poder de monopólio, tal como definido pelo *Supreme Court* dos EUA, como o “*poder de controlar preços ou excluir competição*”, sendo que se

³¹ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.10; 11; 12 e 20.

³² [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBgp-
qoe_tAhURjhQKHYz6B3kQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fnewprairiepress.org%2Fcgi%2Fview
content.cgi%3Ffilename%3D13%26article%3D1012%26context%3Debooks%26type%3Dadditional&usq=
AOvVaw2XScft9xsintVe6JX2WI3](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBgp-
qoe_tAhURjhQKHYz6B3kQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fnewprairiepress.org%2Fcgi%2Fview
content.cgi%3Ffilename%3D13%26article%3D1012%26context%3Debooks%26type%3Dadditional&usq=
AOvVaw2XScft9xsintVe6JX2WI3)

pode ler outra caracterização deste poder na decisão da *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Comissão das Comunidades Europeias*³³, onde se pode constatar no ponto 4 do sumário da versão inglesa uma noção em tudo semelhante à de poder de mercado dada pela Comissão Europeia que de seguida analisaremos, com um espaço no entanto para abordar monopólios, em que se pode ler que nestes casos fica precluída toda e qualquer competição caso a posição dominante em si constitua um monopólio, diferenciando-se assim da regular posição dominante observada devido a um elevado poder de mercado. Este poder de monopólio pressupõe então o já abordado poder de mercado, sendo que o atingimos quando o poder de mercado de uma empresa atinge um nível bastante superior ao normal. Ou seja, estamos perante uma situação em que o poder de mercado aumenta tão exponencialmente que acaba por se transformar em poder de monopólio. O *Supreme Court* define também poder de mercado como o poder de definir preços acima do que seria naturalmente cobrado num mercado em situação de concorrência.³⁴, definindo-o a Comissão Europeia, quando o mesmo é significativo como uma empresa que detenha “uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores” como se pode ler no parágrafo 24 das linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar de UE (União Europeia) para as redes e serviços de comunicações eletrónicas.³⁵ Tal definição deste poder, e sua respetiva análise, assumem-se como pertinentes para esta dissertação, no que à análise dos casos do *Facebook e personalised pricing* diz respeito, uma vez que ambos serão analisados à luz de potenciais abusos de posição dominante que demonstram uma atuação independente dos consumidores e até concorrentes, caracterizando-se este tipo de abuso como uma utilização ilícita e excessiva do poder de que dispõe em determinado mercado.³⁶

Reitera-se então que o poder de mercado é um conceito de acentuado relevo para o Direito da Concorrência, uma vez que quanto mais acentuado for este poder, sinal de que menos concorrência existe e de que uma empresa ou aglomerado de empresas pode

³³ Este caso pode ser consultado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=EN>

³⁴ <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-2>

³⁵ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507(01)&from=EN)

³⁶ http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx

livremente situar os seus preços acima dos custos de produção. O Direito da Concorrência preocupa-se em então controlar o exercício do poder de mercado.³⁷ Ao ser bem implementado, o Direito da Concorrência pode então prevenir situações que coloquem uma empresa ou aglomerado de empresas numa posição em que possa estar à vontade para praticar preços acima do custo marginal de produção, pois tal só pode suceder se a empresa se encontrar num mercado sem concorrência. Trata-se então de prevenir que as empresas cheguem a este estatuto, em que não há mais nenhum agente do mercado capaz de fornecer o mesmo produto ou produtos similares, através de, por exemplo, o controlo de concentrações, em que através das dimensões das empresas e do potencial poder de mercado resultante da concentração se tenta prevenir o surgimento de empresas que fiquem em posição dominante (que pode eventualmente ser abusada).

No entanto, nem sempre se trata somente de uma questão de prevenção. De facto, este poder assume particular relevo nos casos em que uma autoridade de concorrência analisa fusões horizontais ou verticais, que, naturalmente, podem dar azo à criação de uma entidade que venha a ter uma posição dominante e, portanto, este poder de aumentar preços e causar efeitos em sede de concorrência. Não obstante, pode também existir um controlo *a posteriori*, como é o caso de situações em que ocorre abuso de posição dominante. As autoridades seguem então um controlo de dois passos, em que primeiro se estabelece o poder e possibilidade de uma firma de agir independentemente da sua concorrência e consumidores e causar danos através da variação de preços já descrita (que pode ser por exemplo a prática de preços predatórios de forma a excluir quaisquer concorrentes, constituindo este tipo de abuso um abuso por exclusão³⁸ que embora não se inclua na definição de poder de mercado do *Supreme Court*, uma vez que o mesmo se caracteriza pela prática de preços superiores aos custos de produção e portanto ao que se praticaria em situação de concorrência, pode coadunar-se com a definição dada pela Comissão Europeia que atrás analisámos e é indicativo do poder de mercado exacerbado de determinada empresa utilizado para afastar concorrentes. Pode até ser a prática de preços superiores no âmbito de abusos de exploração, que se verifica através da prática de preços exorbitantes³⁹) e em segundo se averigua o

³⁷ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.12

³⁸ http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx

³⁹ http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx

concreto dano causado e o abuso verificado em função da posição de domínio no mercado. Como veremos posteriormente e já afirmámos, este controlo de abusos de posição dominante revelar-se-á fundamental para a elaboração da presente dissertação. Constata-se que nestes casos o poder de mercado afigura-se como conceito de avultada importância. Por fim, temos ainda o caso de acordos anti concorrenciais, as já conhecidas situações de cartel e os acordos que tal pressupõe. Neste caso, o poder de mercado é útil na medida em que para efeitos de pedidos de indemnização, se averiguam os preços que teriam sido cobrados caso a empresa em questão não tivesse adotado comportamentos de cartelização.⁴⁰ Conclui-se então que o Direito da Concorrência se preocupa com este conceito, não só com o intuito de prevenir estas situações, mas também quando a empresa já atingiu um poder de mercado significativo, algo que, como atrás clarificámos, será relevante para a nossa dissertação.

Outro fundamento político do Direito da Concorrência, de não menor relevância, é sem dúvida a salvaguarda da liberdade de empresa. Informa-nos este fundamento de que os vários agentes económicos que compõem o nosso mercado devem atuar sem restrições e limites esmagadores impostos pelo poder privado e pelo poder público. A Constituição garante a liberdade económica que independe da atuação do Estado, já a legislação da concorrência deve assumir a mesma garantia da liberdade de empresa face às atuações privadas, leia-se, as restrições de natureza privada, tais como as que provêm de acordos restritivos de concorrência e de abusos de posições dominantes no mercado.⁴¹ Não obstante tal fundamento parecer algo contraditório, uma vez que o Direito da Concorrência em si é uma limitação da liberdade de empresa, na medida em que bane certos acordos e práticas que afetam onerosamente a concorrência em determinados mercados. Não obstante tal ser inegável e não deixar de ser uma imposição por parte dos poderes públicos, tal limitação da liberdade das empresas destina-se a proteger a liberdade maior de desenvolver uma qualquer atividade económica num determinado mercado sem que se esteja sujeito a limitações ilegítimas provenientes de poderes privados, salvaguardando portanto a concorrência que beneficia tanto os consumidores como a economia em si, observando-se uma maior eficiência na utilização de recursos, maior inovação por parte das empresas, preços mais competitivos, etc. Concluindo, embora haja limitações provenientes de legislação, observa-

⁴⁰ Meschi, Meloria; Mayal, Montek; Mehrotra, Avinash – Assessing the Importance of Market Power in Competition Investigation

⁴¹ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.12 e 13

se que a mesma se destina apenas a proteger os vários operadores de determinado mercado de limitações ilícitas provenientes de outros operadores, limitações essas que poderiam sem dúvida comprometer muito mais a liberdade das empresas.

Pode até mesmo, em virtude deste fundamento, falar-se de democracia na sua verdadeira aceção. Neste sistema, para todos os cidadãos e órgãos de governo, existe uma verdadeira limitação de poder que estas entidades exercem todos os dias. Tal como se pode observar na democracia esta limitação de poder, que ocorre com recurso a mecanismos tais como um voto a cada cidadão, múltiplos partidos e associações, controlo constitucional entre órgãos de soberania, também se deve observar o que podemos chamar de democracia económica. É essencial para o devido funcionamento deste conceito de democracia económica é precisamente a concorrência, mecanismo esse que se afigura como essencial para qualquer economia de mercado. Cada empresa deve poder decidir sobre o seu próprio controlo de forma independente das suas concorrentes, sem externalidades criadas por estas e que representem comportamentos que atentem contra o normal funcionamento da concorrência. Devem poder definir os seus preços, quantidades, investimentos, etc., de forma a maximizar o lucro obtido. Tal mecanismo, leia-se, a concorrência, permite então que ocorra uma descentralização das decisões de produção, investimento e consumo, que por sua vez permite satisfazer as necessidades humanas consoante a alternativa mais eficiente, tomando sempre em conta a escassez de recursos.⁴²

De facto, poderá até dizer-se que esta liberdade económica, ou liberdade de empresa, permite aquilo a que se chama de eficiência económica, conceito intimamente ligado com a escassez de recursos e que visitaremos posteriormente.⁴³

Falemos agora dos fundamentos económicos deste ramo do Direito. Com efeito, urge agora que nos indaguemos sobre a promoção da eficiência económica, aquele que é talvez o verdadeiro fundamento do Direito da Concorrência. De facto, a concorrência permite transações que reforçam a eficiência e proíbe aquelas que possam redundar em situações de colusão entre empresas, impedindo a concentração desmesurada do poder

⁴² M.Mateus, Abel – Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência - <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/abel-m-mateus-sobre-os-fundamentos-do-direito-e-economia-da-concorrencia/>

⁴³ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.13

económico e permitindo uma muito maior facilidade de acesso ao mercado por parte de agentes económicos menores.⁴⁴

Verdadeiramente, a eficiência, como é o caso da eficiência na afetação de recursos, parece assumir um papel preponderante em sede de concorrência. Quer isto dizer que em situação de concorrência deverá sempre existir uma afetação de recursos que permita uma utilização de maior valor, devido a uma igualdade entre preço e custo marginal de produção (sendo o custo marginal definido como o custo em que se incorre ao produzir mais uma unidade de determinado produto ou serviço⁴⁵) igualdade essa criada pela própria concorrência, promovendo esta a afetação de recursos escassos à utilização que naturalmente lhe conferirá maior remuneração, eliminando ineficiências.⁴⁶

De facto, esta forma de eficiência reporta-se maioritariamente à alocação de recursos a tarefas onde os mesmos são sobremaneira necessários e valorados, resultando num produto cuja produção e quantidade produzida lhe permite atingir o seu valor máximo num determinado sistema económico e que, graças à concorrência, o mesmo se passará para todos os outros produtos num dado sistema. Tal sucede graças ao “*mecanismo de mercado*”, ou seja, através da ausência de intervenção estatal ou de agentes como monopólios, que naturalmente dá azo a situações de concorrência que, por sua vez, permitem este tipo de eficiência ao afetar recursos onde os mesmos atingirão o seu verdadeiro valor e potencial.⁴⁷

Já nos Estados Unidos encontrávamos alusões a estas conceções, como se pode ler neste caso: “(...) *A interação sem restrições das forças concorrenciais dará azo à melhor alocação dos nossos recursos económicos, os preços mais baixos, a maior qualidade e o maior progresso material(...)*”⁴⁸.⁴⁹ É também inegável que tanto no direito comunitário como no direito português, existe esta preocupação com o critério do bem-estar do

⁴⁴ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.15

⁴⁵ https://www.economicsonline.co.uk/Definitions/Marginal_cost.html

⁴⁶ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.24

⁴⁷ T. Gundlach, Gregory; Moss, Diana – The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview – The Antitrust Bulletin. Volume 60, 2015. P.93

⁴⁸ Pode ler-se no original: “(...) *the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress(...)*”.

⁴⁹ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.25 Apud Northern Pacific Railway v. U.S. 1 (1958), na p.4.

consumidor, critério esse que pode e deve ser atingido através deste parâmetro de eficiência⁵⁰.

Note-se, porém, que estamos aqui perante uma situação de concorrência perfeita, situação esta em que o equilíbrio entre oferta e procura ocorre no ponto em que o preço de mercado é igual ao custo marginal de produção. Se o custo marginal for inferior ao preço, os produtores aumentam a sua produção. Caso seja superior ao preço, os produtores diminuem a produção. Nenhum produtor obtém aqui lucros supranormais. Note-se também que neste cenário nenhum agente económico dispõe do poder de afetar o equilíbrio do mercado, sendo que tanto para consumidores como produtores, o preço é, por exemplo, um dado adquirido, sendo que este tipo de eficiência, tal como o que veremos de seguida, só poderá ser atingido num hipotético mercado em concorrência perfeita.⁵¹ Seja embora um cenário hipotético, tal pode servir como referência para situações em que a concorrência seja deficitária, e em que se observem preços que ultrapassam os custos na medida em que levam a lucros supranormais. Quanto mais próximos estivermos deste cenário, mais se verifica, por exemplo, uma melhor afetação dos recursos (algo que naturalmente, e em sede de concorrência perfeita, permitirá aos consumidores obterem os produtos/serviços que desejam ao mais baixo custo possível de produção⁵², sendo que quanto mais concorrência existir num mercado, menos custo para os consumidores se verificará).

Nesta dissertação estudaremos casos que se afastam então certamente deste modelo de concorrência perfeita, como o *personalised pricing*, que analisaremos sob a ótica de potencial abuso de posição dominante e em que pode haver preços desfasados do custo de produção, ou até alguns tipos de colusão que tendem a manter os preços deveras elevados ou até o caso do *Facebook*, que embora não cobre importâncias pecuniárias aos seus utilizadores, os força a aceitar termos de utilização que se prendem com recolha de dados pessoais demasiado onerosos.

⁵⁰ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.25

⁵¹ Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. Pgs. 17 e 18

⁵² Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, Março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1. P.18

2. Novos desafios criados pela *Big Tech*

Nesta parte da dissertação, antes de abordarmos um dos temas principais que é precisamente o *algorithmic pricing*, vamos versar-nos sobre uma temática que, à semelhança da que acabámos de mencionar e dentro do escopo desta dissertação, também se prende com o surgimento de novas tecnologias e empresas que as desenvolvem e o respetivo impacto que tal fenómeno tem no Direito da Concorrência. Em concreto, analisaremos algumas práticas que têm vindo a ser empregadas pelo *Facebook* a nível de aquisição de empresas que podem significar concorrência para este gigante da tecnologia aos olhos do Direito da Concorrência. Para tal, focamo-nos na resposta que a *Antitrust Law* Norte-Americana dá a este problema, contrapondo-a com a resposta europeia, nomeadamente, o controlo de concentrações.

Espaço haverá ainda para averiguar uma outra medida de controlo do enorme poder de mercado desta empresa, medida esta que à semelhança do controlo de concentrações, pode ser aplicada a qualquer outra empresa inserida na definição de *Big Tech*, (termo este que apenas serve para designar as 5 maiores empresas na indústria das tecnologias de informação nos Estados Unidos da América, a saber, *Facebook*, *Google*, *Apple*, *Amazon* e *Microsoft*) nomeadamente, a aplicação das regras de abuso de posição dominante.

2.1. O caso *Facebook*: Contextualização

Falando-se numa gigante tecnológica, uma das empresas que mais rapidamente nos vem à mente é sem dúvida o Facebook. O monopólio que o mesmo representa no mundo das redes sociais é inegável e a sua presença nas nossas vidas tornou-se numa constante quase inescapável, se algum indivíduo quiser manter-se em contato com quem lhe aprouver.

Pois bem, a propósito desta dissertação, poder-se-á dizer que o Facebook desenvolveu ao longo dos anos várias práticas que podem ser consideradas inegavelmente anti concorrenciais, com a aquisição de várias empresas que outrora se assumiam como verdadeira competição para esta rede social por nós tão conhecida.

Foi então que no passado dia 9 de dezembro de 2020, esta empresa foi processada pela *Federal Trade Commission* (FTC) dos EUA, uma comissão destinada a proteger os interesses dos consumidores norte-americanos.⁵³

Tal como se pode ler na página online desta organização, é considerado que o *Facebook* praticou durante anos atos ilegais no que a concorrência concerne, almejando com isso manter o monopólio sobre o mercado das redes sociais que até então havia alcançado.⁵⁴

Para tal, em 2012 adquiriu o rival *Instagram*, ameaça certa à rede social predominante e em 2014 adquiriu o *WhatsApp*, outro rival que poderia fazer frente à maior rede social do mundo. É então considerado pela FTC que este tipo de conduta afeta negativamente a concorrência, deixando os consumidores com cada vez menos alternativas no que a redes sociais concerne, tal como os anunciantes que dependem destas redes para promover os seus produtos e que assim se veem limitados a predominantemente uma única rede social.⁵⁵

A FTC pretende então, tendo em vista a situação já aqui explanada, que os ativos do *Facebook* sejam separados e diversificados, incluindo as redes sociais *Instagram* e *WhatsApp*, de forma a diluir o monopólio demasiado avassalador do Facebook e a forma como estas empresas operam em consonância com a empresa mãe. Pretende também proibir esta empresa de impor condições anti concorrenciais em desenvolvedores de *software*, uma

⁵³ <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>

⁵⁴ <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>

⁵⁵ <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>

vez que os proíbe, ao desenvolverem o seu próprio *software*, de, se tal programa requerer interação com o *Facebook*, desenvolverem funcionalidades que compitam com o mesmo. Requer ainda a FTC que o *Facebook* seja obrigado a enviar notificações sempre que pretender realizar uma fusão ou aquisição de outra empresa.⁵⁶

É então consensual entre muitos que o *Facebook* operou de uma forma, especialmente no que às aquisições concerne, que preveniu que empresas que estavam em crescimento pudessem um dia representar uma ameaça ao domínio da gigante tecnológica e que a própria aquisição destas empresas ajudou o *Facebook* a catapultar-se ainda mais para uma posição de monopólio maior do que nunca, com acusações como “*Durante quase uma década, o Facebook usou o seu domínio e poder de monopólio para esmagar rivais menores e afastar competição, afetando utilizadores diários*” provenientes da Procuradora Geral de Nova Iorque, Letitia James.⁵⁷

De facto, todos estes problemas começaram com o surgimento dos telemóveis atuais que possuímos, que por sua vez contam com a implementação de câmaras que permitem a partilha de fotografias online. Foi esse contexto que deu origem ao surgimento, em 2010, do *Instagram*, plataforma que permitia utilizar esse mesmo mecanismo. Os consumidores começaram então a afastar-se dos computadores ditos “mais tradicionais” e movimentaram-se para as plataformas móveis, algo que fez com que a popularidade desta rede social aumentasse tremendamente. Segundo a FTC, Mark Zuckerberg, *CEO* do *Facebook*, reconheceu o *Instagram* como uma ameaça credível ao *share* de mercado que a sua empresa possuía e que ao invés de tentar competir com o mesmo e desenvolver as suas funcionalidades de partilha de fotografias, decidiu comprar a aplicação *Instagram*, repetindo esta prática com a aplicação *WhatsApp*, uma empresa que poderia vir a rivalizar com a própria plataforma de troca de mensagens do *Facebook*. É exatamente por este tipo de conduta que alguns dizem, como por exemplo o Representante Democrata de Rhode Island, David Cicilline, que “*o Facebook violou a lei e deve ser por isso dividido em várias empresas*”.⁵⁸

E é precisamente da *Lei Anti-Trust*, ou seja, do Direito da Concorrência que falamos aqui. De facto, poder-se-á dizer que o *Facebook* poderá ter violado a segunda secção do

⁵⁶ <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>

⁵⁷ <https://www.nytimes.com/2020/12/09/technology/facebook-antitrust-monopoly.html>

⁵⁸ <https://www.nytimes.com/2020/12/09/technology/facebook-antitrust-monopoly.html>

Sherman Act, que nos diz “Toda a pessoa que monopolize, tente monopolizar, junte esforços ou conspire com outros para monopolizar qualquer parte das trocas ou comércio entre estados ou com nações estrangeiras, será considerado culpado de delito e, ao ser condenado, será punido com multa não excedendo 5000 dólares ou com prisão não excedendo um ano ou por ambas à discrição do tribunal.”⁵⁹, sendo que será esse um dos argumentos utilizado pela FTC no seu processo contra o *Facebook*.⁶⁰

De facto, depreende-se da letra da lei acima enunciada que os atos do *Facebook* cabem no que na secção é descrito, coincidindo as ações desta empresa, nomeadamente as aquisições e imposições a desenvolvedores de *software*, como uma tentativa de criar e manter um monopólio.

É ainda defendido que as aquisições e restantes práticas do *Facebook* estão também em violação do *Clayton Act*⁶¹, cuja secção 7 proíbe fusões ou aquisições que possam vir a danificar a concorrência no mercado e que tendam a criar monopólios que nos diz: “nenhuma empresa dedicada ao comércio adquirirá, direta ou indiretamente, o todo ou em parte das ações ou outro capital social de outra empresa igualmente dedicada ao comércio quando o efeito de tal aquisição possa levar a uma diminuição substancial de concorrência entre a empresa cujas ações são adquiridas e a empresa que realiza a aquisição ou à restrição do comércio ou à criação de um monopólio de qualquer tipo de comércio”⁶².⁶³

De relevo ainda, é a própria definição do tipo de mercado que o *Facebook* representa. De facto, estamos claramente perante o mercado das redes sociais ou mais comumente designado de “*social media*”. Este mercado caracteriza-se então por um conjunto de plataformas que permitem aos utilizadores criar perfis e contas, partilhar conteúdo gerado pelo próprio utilizador, comunicar facilmente com outros utilizadores e

⁵⁹ Pode ler-se na versão original: *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.* ”

⁶⁰ <https://indianexpress.com/article/explained/us-ftc-antitrust-lawsuit-against-facebook-whatsapp-instagram-7101497/>

⁶¹ <https://www.cnbc.com/2020/12/09/ftc-and-several-states-launch-antitrust-lawsuits-against-facebook.html>

⁶² Pode ler-se na versão original: “*no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition or to restrain such commerce in any section or community or tend to create a monopoly of any line of commerce.*”

⁶³ <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

visitar uma página principal em que é possível ver e interagir com conteúdo compartilhado por outros utilizadores. Outra característica típica das redes sociais é precisamente a sua gratuitidade, sendo os seus serviços oferecidos aos utilizadores sem qualquer tipo de custo. Clarificamos, no entanto, tal como veremos mais à frente, que esta ausência de custo é meramente aparente, uma vez que, embora não haja uma transferência pecuniária do utilizador para a rede social, há, no entanto, uma transferência de dados pessoais que são depois partilhados com anunciantes para que os seus anúncios tenham a melhor *performance* possível, estando isto relacionado com a principal forma de obter lucro do *Facebook*, que é precisamente o setor dos anúncios na sua rede social.

Baseia-se então o modelo de negócio destas plataformas em atrair uma massa crítica de utilizadores, sendo que posteriormente é pretendido que se atraia uma segunda vaga de “consumidores” destas plataformas, que são precisamente os anunciantes. Estes são então atraídos pelo vasto número de utilizadores e a informação que os mesmos contribuem para as redes sociais. Para todos os efeitos, é então considerado este mercado, ou seja, o mercado das redes sociais ou “*social media*” como um mercado relevante no âmbito do direito da concorrência, sendo que releva para esta definição o facto de um produto, em determinado mercado, poder ou não ser substituído por outro. Desta forma, neste mercado, condutas anti concorrenciais como a do *Facebook* causariam danos uma vez que o consumidor, ou o utilizador neste caso, ficariam sem opções alternativas que apresentassem o mesmo tipo de serviço. Ainda é pertinente, dentro deste tipo de mercado, distinguir entre várias situações, pois embora um serviço como o *Youtube* possa também ser considerado “*social media*” à semelhança do *Facebook*, não se pode dizer que os mesmos compitam no mercado de forma relevante para o escopo do Direito da Concorrência, uma vez que as plataformas são utilizadas para fins drasticamente diferentes, com o *Youtube* a servir primariamente para distribuição de conteúdo que não é proveniente de utilizadores específicos. Para explicar tal, pode-se dizer que o *Facebook* pretende primariamente facilitar comunicação entre amigos e até conteúdo de terceiros que será consumido precisamente por causa dessas relações que servem de base ao consumo de conteúdo, algo que o *Youtube* não possui, uma vez que é apenas consumido conteúdo de terceiros, sem, no entanto, haver o tipo de relações interpessoais que se podem verificar no *Facebook*, com esta empresa a assumir-se como uma plataforma focada sobretudo em comunicação e o *Youtube* a assumir-se como um distribuidor de conteúdo que não é proveniente de utilizadores específicos (*user-*

specific), ou seja, conteúdo proveniente de terceiros que podem ser completos estranhos em relação ao utilizador em causa, estando portanto num mercado totalmente diferente de uma plataforma que supõe partilha e consumo de conteúdo em torno de relações em que existe alguma ou bastante proximidade entre utilizadores.⁶⁴

Dito isto, a *Competition and Markets Authority* (CMA) do Reino Unido tem vindo a medir a quota de mercado que o *Facebook* ocupa tendo em conta a quantidade de tempo que os utilizadores passam na rede social, sendo que tendo como ponto de referência o mercado em que não é contabilizado o *Youtube*, que a nossa ver não compete com o *Facebook*, o mesmo ocupa sensivelmente uma quota de mercado de cerca de 58%. No entanto, denota-se que esta percentagem apenas se refere ao *Facebook* como entidade só, sendo que em conjugação com a *Instagram* e *WhatsApp*, ou seja, o *Facebook Corporation* em toda a sua extensão, ocupa cerca de 75% de quota de mercado.

Espaço ainda existe para mencionar o outro grupo de consumidores do *Facebook*, a saber, os anunciantes, que têm, naturalmente, interesse em mostrar anúncios aos consumidores online em várias plataformas. A CMA considera então que o mercado de anúncios digitais (mais concretamente “*digital display advertising*”, caracterizando-se como a apresentação de anúncios em websites, aplicações ou redes sociais) é um mercado relevante no que a publicidade digital concerne, tendo o *Facebook* cerca de 50% das quotas de mercado, sendo que embora haja outros locais onde este tipo de publicidade pode ter lugar, como a *Amazon*, estes são diferenciados do *Facebook* devido à maneira como funcionam e não oferecem concorrência relevante ao mesmo. Dito isto, pode então dizer-se que o *Facebook* tem uma quota de mercado enorme no que concerne ao mercado de redes sociais e uma larga e diferenciada quota de mercado no que concerne aos anunciantes que também passam tempo na plataforma e que para efeitos de uma análise à luz do Direito da Concorrência também importam, pois, um mercado totalmente dominado pelo *Facebook* representa naturalmente menos alternativas onde é possível publicar anúncios digitais.⁶⁵

Importa também analisar o poder de mercado desta empresa, e para tal temos de analisar o papel dos Efeitos Diretos de Rede (“*Direct Network Effects*”), que se caracterizam primariamente pelo facto de ocorrerem quando o valor que um determinado serviço possui

⁶⁴ M. Scott Morton, Fiona; C. Dinielli, David – Roadmap for an Antritrust Case Against Facebook. Junho de 2020. Pgs. 3, 5, 6.

⁶⁵ M. Scott Morton, Fiona; C. Dinielli, David – Roadmap for an Antritrust Case Against Facebook. Junho de 2020. Pgs. 9 e 10.

aumenta conforme cresce também o número de utilizadores ou consumidores desse mesmo produto.⁶⁶

Uma das razões pelas quais o *Facebook* tem então o poder do mercado que tem é graças aos efeitos diretos de rede observáveis no *Facebook*. Ao aumentar o número de utilizadores, aumenta também o valor do produto em questão, atraindo por sua vez mais consumidores.

Tal provoca uma situação que em tudo aumenta o poder de mercado da referida rede social: os utilizadores presentes na rede não podem mudar de plataforma e esperar continuar em contacto com os amigos que possuem nessa rede. Os amigos do utilizador teriam então de abandonar também a rede social e transferir para qualquer outra onde estivesse esse utilizador, uma vez que as redes sociais não são compatíveis. Desta forma, mesmo que os utilizadores se sintam de alguma forma descontentes com a plataforma em questão, não mudam de rede, devido ao quase-monopólio do *Facebook*, o que por sua vez significa que a vasta maioria das pessoas com quem pretendem contactar já se encontram na plataforma.⁶⁷

Observa-se então que devido aos efeitos diretos de rede que aumentam o valor do *Facebook* sempre que mais um utilizador se junta, contribuindo também a nossa vez para o valor que os utilizadores presentes lhe atribuem, esta rede social conseguiu criar um poder de mercado deveras considerável. Devido à sua posição no mercado e devido ao que anteriormente explanamos, constata-se que podem surgir várias preocupações ao nível do Direito da Concorrência, com uma tentativa desta empresa de monopolizar cada vez mais o mercado, não esquecendo também eventuais abusos de posição dominante que abordaremos devidamente nesta dissertação.

⁶⁶ Veljanovski, Cento – Network Effects and Two-Sided Markets, Janeiro de 2007.

⁶⁷ M. Scott Morton, Fiona; C. Dinielli, David – Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook. Junho de 2020. Pg. 11

2.2. Abordagem legal

Como já vimos anteriormente, a intenção norte-americana é então, neste momento, fazer com que o *Facebook* seja separado em várias empresas, ou seja, que as empresas que foi adquirindo ao longo do tempo sejam removidas do domínio da já referida empresa mãe.

Abordaremos por isso, os vários “remédios” legais que poderão ser empregues para que tal venha a ocorrer nos Estados Unidos da América, sendo que faremos posteriormente uma comparação com o que poderá ocorrer em sede Europeia.

Para que essa comparação seja feita, é também necessário mencionar, ainda que de forma breve, o controlo a priori feito pela *Federal Trade Commission* e pelo *Department of Justice* dos EUA. Tal é então feito através do *Hart-Scott-Rodino Act*, legislação esta que em tudo se assemelha ao procedimento de controlo de concentrações de empresas verificado em sede europeia. O *Hart-Scott-Rodino Act* (HSR Act) surgiu então como forma de colmatar dois grandes problemas que estas agências enfrentavam ao tentar aplicar a Secção 7 do *Clayton Act*, a saber, o facto de ser impossível ao *Department of Justice* requerer que terceiros, como competidores e associações de trocas comerciais, fornecessem informações sobre aquisições de empresas até que uma queixa, sob a já referida Secção 7 do *Clayton Act* fosse feita, sendo que o *Department of Justice* (DOJ) tinha então de se apoiar em cooperação voluntária de terceiros interessados antes de que alguma queixa fosse interposta, ou seja, em procedimentos de investigação pré-queixa. Naturalmente, esta tão necessária cooperação era várias vezes omitida, o que fazia com que o DOJ fosse múltiplas vezes forçado a abandonar qualquer investigação a que estivesse a proceder ou a apresentar queixas com informação escassa e defeituosa, algo que deixava este departamento com menos poderes de investigação que outras agências. O HSR Act veio então estabelecer o poder do DOJ de intentar *Civil Investigative Demands*, ou seja, Pedidos de Investigação feitos a firmas em processo de concentração ou terceiros não diretamente envolvidos na concentração antes de que uma queixa tivesse de ser feita.⁶⁸

Mas mais importante que isso terá sido a solução encontrada para o facto de o governo não poder requisitar o adiamento de grandes concentrações de empresas que se encontrassem sob investigação. Devido a isto, foi então implementado o sistema de

⁶⁸ Eckbo, B. Espen; Wier, Peggy – Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A reexamination of the market power hypothesis. 1985. Pg.3

notificação à FTC e ao DOJ antes que as transações pudessem ser completadas, sendo que após a notificação teriam então de passar pelo menos trinta dias até que a concentração pudesse ser concretizada, claro está, se as condições impostas pelo HSR Act no que concerne à obrigatoriedade de notificação pré-concentração fossem verificadas.⁶⁹ Este procedimento de pré-notificação é então um mecanismo que também se verifica no controlo de concentrações Europeu e naturalmente, a nível nacional, como é o caso da notificação prévia.

No entanto, destina-se esta secção da dissertação a analisar formas de controlo de concentrações a posteriori, ou seja, após estas terem sido permitidas, tal como sucedeu no caso *Facebook/WhatsApp* e *Facebook/Instagram*.

Dito isto, embora o *Hart-Scott-Rodino Act* providencie um mecanismo para revisão pré-consumação das concentrações, em que as mesmas são analisadas ao abrigo da Secção 7 do *Clayton Act* (que proíbe aquisições no âmbito de concentrações que possam contribuir para uma diminuição do nível de concorrência ou que tendam a criar situações de monopólio), podendo posteriormente, após feita essa análise da operação de concentração, ser “desafiadas” legalmente, ou seja, ser interposta uma ação em que se questiona se essa mesma concentração violou o estatuído na já referida secção⁷⁰, nada impede no *HSR Act* que as agências intentem uma ação contra as concentrações após o controlo de concentração, autorização de concentração e até consumação de concentração. De facto, diz-nos a Secção 7(A)(i) do *Hart-Scott-Rodino Act* que⁷¹ “Qualquer ação tomada pela Federal Trade Commission ou o Assistant Attorney General ou qualquer falta de tomada de ação pela Federal Trade Commission ou o Assitant Attorney Gernal sob esta secção, não precludem qualquer procedimento ou tomada de ação que diga respeito a tal aquisição, a qualquer altura, sob qualquer outra secção deste diploma legal ou qualquer outra disposição legal”.⁷²

Daqui se pode, portanto, inferir, através dos expressos termos da Secção 7 (A)(i) que, o facto de as agências terem revisto e dado autorização a uma concentração de empresas,

⁶⁹Eckbo, B. Espen; Wier, Peggy – Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A reexamination of the market power hypothesis. 1985. Pg.3

⁷⁰S. Patel, Menesh – Merger Breakups. 15 de janeiro, 2020. Pgs. 11; 12 e 13

⁷¹ S. Patel, Menesh – Merger Breakups. 15 de janeiro, 2020. Pg. 13

⁷²Diz-nos a norma, no seu idioma original: “Any action taken by the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General or any failure of the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General to take any action under this section shall not bar any proceeding or any action with respect to such acquisition at any time under any other section of this Act or any other provision of law.”

não impede que a mesma seja contestada mais tarde. Sendo assim, uma separação de empresas após notificação e consequente autorização não seria impedida por qualquer legislação.⁷³

Dito isto, pode então constatar-se que não é de todo impossível, de acordo com a legislação americana, que o *Facebook*, enquanto empresa que inclui o *Instagram* e *WhatsApp*, venha efetivamente a ser desmembrada, uma vez que a legislação permite que as concentrações previamente autorizadas sejam desafiadas e desfeitas posteriormente.

No entanto, tal não se observa em sede de legislação europeia. De facto, não há qualquer mecanismo que permita desafiar ou investigar uma concentração após esta ter sido aprovada. Este controlo deve então ser feito de acordo com o Regulamento (CE) N.º 139/2004. O objetivo do mesmo é precisamente proibir concentrações e aquisições que possam reduzir significativamente a concorrência no mercado único, por exemplo, se houver o potencial de criar empresas em posição dominante.⁷⁴ A criação ou o reforço de estas situações de posição dominante são então um detrimento para concorrência que se pode observar no mercado único, sendo esta a única maneira, a priori, de salvaguardar o eficiente funcionamento dos mercados no que a concorrência concerne em caso de concentrações de empresas.

Importa aqui analisar, relativamente a este tema, e a título de exemplo, a decisão da Comissão Europeia após notificação da aquisição do *WhatsApp* por parte do *Facebook* no âmbito do Regulamento (CE) N.º 139/2004 referente ao controlo de concentrações de empresas. Desta feita, e devido a Portugal, Espanha e Reino Unido que aplicam critérios de quotas de mercado para efeitos de fusões, foi notificada a aquisição do *WhatsApp* à Comissão Europeia, de acordo com os trâmites legais do regulamento já mencionado.⁷⁵

De facto, e no que concerne aos consumidores, a Comissão decidiu que os mesmos não seriam lesados pela já referida aquisição. Segundo a mesma, não havia custos significativos que impedissem os consumidores de mudar de aplicações de comunicações, ou seja, para aplicações diferentes, uma vez que as mesmas estão regra geral disponíveis a preços de veras baixos ou mesmo gratuitamente, é possível fazer o download facilmente, o facto de ser possível passar de uma das aplicações (apps) para outra rapidamente, a interface

⁷³ S. Patel, Menesh – Merger Breakups. 15 de Janeiro, 2020. Pgs. 13 e 14

⁷⁴ https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-02/merger_control_procedures_en.pdf

⁷⁵ Visser, Bram – The Facebook:Whatsapp Merger Case. European Commission's Lucky Break or Proof of Impermeable System of Merger Control? Pg. 24

simples das apps e o acesso fácil a informação sobre as mesmas devido ao avultado número de avaliações sobre as mesmas por parte dos consumidores. Contribuiu também para a decisão da Comissão o facto de nenhuma das apps, tanto a do *Facebook* como a do *WhatsApp*, virem já pré-instaladas nos aparelhos que permitem o seu uso, tendo os utilizadores de fazer ativamente o respetivo download, o que permite que consumidores que não estejam satisfeitos com as mesmas possam de facto trocar de aplicações e passar para rivais, o que põe as aplicações alvo do acordo em posição de efetiva competição com concorrentes. Uma das preocupações, no entanto, que a Comissão teve ao analisar esta fusão, foi a dificuldade que os utilizadores podem ter ao recriar as suas redes de contactos que já se encontram dentro destas aplicações, algo que se afigura como uma verdadeira inconveniência. Concluiu na altura a Comissão que embora este efeito exista, não protege a entidade que com este acordo se fundiu de concorrência efetiva por parte de novas aplicações que possam surgir no mercado, sendo este de evolução rápida em que nenhuma posição de mercado é verdadeiramente incontestável.⁷⁶

É neste ponto que a Comissão, aos olhos do que era observável no mercado na altura da sua decisão, pode ter subestimado as consequências da concentração que permitiu. As redes, leia-se, os contatos, criados dentro das aplicações, são de muito difícil recriação, uma vez que a vasta maioria dos consumidores opta pelas aplicações ditas, mais “famosas”, ou seja, que maior quota de mercado têm, algo que se constata no caso do *Facebook* e *WhatsApp*. Ao juntarem-se, estas empresas restringiram a competição de duas formas: por um lado, como principais concorrentes, cessaram de competir uma com a outra, perdendo-se logo aí concorrência, uma vez que a já referida competição cessou, e deixaram, de resto, apenas algumas alternativas no mercado como é o caso de aplicações como o *iMessage*, *Telegram*, *Signal*, *Viber* que embora existam, não atingem as dimensões do *Facebook* e do *WhatsApp* e suas respetivas quotas de mercado, sendo estas as, por grande maioria, mais utilizadas no mercado das comunicações eletrónicas, criando as concentrações aqui analisadas condições para que seja estabelecida uma clara posição dominante e almejando estas aquisições por parte do *Facebook* uma clara tentativa de monopolizar o mercado. Secundariamente, ao fundirem-se, criaram graves dificuldades de penetração no respetivo mercado (não obstante não ser totalmente impossível surgirem alguns concorrentes), devido

⁷⁶ Visser, Bram – The Facebook: WhatsApp Merger Case. European Commission’s Lucky Break or Proof of Impermeable System of Merger Control? Pg. 28

aos já aqui abordados efeitos de rede: se a vasta maioria dos consumidores já se encontra nestas aplicações, que detêm a maior quota de mercado, não é de crer que ao surgir uma nova empresa estes mesmo utilizadores troquem de aplicações, uma vez que já têm as suas redes de contactos criadas e não se afigura como apelativo recriar tudo de novo numa aplicação onde a maior parte dos seus contactos podem nem sequer estar. Para mais, mesmo que uma nova empresa surja no mercado e contenha novas funcionalidades, pouco ou nada impede que as empresas alvo da fusão as copiem (prática que já foi observada no *Facebook* através de uma aplicação detida por si, o *Instagram*, ao copiar funcionalidades que pertenciam a uma das suas concorrentes, o *Snapchat*, copiando funcionalidades que a separavam e distinguem da família de aplicações detidas pelo *Facebook*.⁷⁷).

Espaço há ainda para refletirmos sobre o já mencionado mercado de anúncios digitais, com estas concentrações que aqui analisámos a aumentar o poder de mercado do *Facebook* no que a este tipo de anúncios concerne. Reforça-se ou cria-se então uma posição dominante neste mercado, tornando-se mais aliciante para qualquer anunciante utilizar qualquer uma das plataformas detidas pelo *Facebook*, algo que certamente afeta os concorrentes destas plataformas agora unidas. Tal traduz-se simplesmente em mais locais onde o *Facebook* poderá agora recolher dados, como veremos posteriormente na presente dissertação, recolha de dados essa que se revela vantajosa para anunciantes e que os fazem optar por esta plataforma em detrimento de outras.

Por todas estas razões se evidencia que é de extrema dificuldade competir com o *Facebook* e a sua família de aplicações, significando isto que ao fundir-se com outras empresas que também detinham importantes quotas de mercado, contribuiu efetivamente para a monopolização do mesmo e distorceu gravemente os níveis de concorrência, afetando em especial qualquer competição que pudesse haver na área das aplicações de contato eletrónico. Não obstante se ter permitido a concentração de duas empresas que, em conjunto, viriam a ter um poder de mercado deveras ostensivo, abriu-se, conseqüentemente, a porta para eventuais abusos de posição dominante.

⁷⁷ <https://www.businessinsider.com/all-the-times-facebook-copied-snapchat-2017-5> Pode aqui constatar-se que o *Facebook*, através do *instagram* neste caso em concreto, consegue afastar consumidores de aplicações rivais através da adoção de funcionalidades semelhantes, que mantêm os utilizadores nas suas aplicações ou fazem com que utilizadores de rivais se movam para a família *Facebook* por razões de conveniência, uma vez que o *Facebook* e as respetivas empresas que adquiriu têm já uma enorme quota de mercado, significando isto também que os consumidores têm as suas redes de contato já estabelecidas nestas aplicações, dificilmente as trocando por novos concorrentes.

Visto o potencial controlo *ex-ante*, podemos agora versar-nos sobre um potencial controlo *ex-post*, nomeadamente sob a forma de um potencial sancionamento de uma situação de abuso de posição dominante.

Com efeito, em 2019 o *Bundeskartellamt* (a autoridade da concorrência alemã) emitiu decisão contra o *Facebook* com base na secção 19 da legislação contra restrições de concorrência alemã (GWB- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), o equivalente ao artigo 102º do TFUE. Na decisão, considerava-se que o *Facebook* é dominante no mercado de redes sociais e tinha abusado a sua posição por ter usado termos de serviço, termos esses que permitiam recolher dados pessoais dos seus utilizadores, que autorizam o *Facebook* a recolher também dados fora da rede social em si. A decisão cobria então os chamados dados “*off-facebook*”, recolhidos em websites e apps fora da rede social. De acordo com a *Bundeskartellamt*, tratava-se então de uma situação em que os termos utilizados e impostos pelo *Facebook* aos utilizadores, que apenas os aceitam ou negam, sendo que se negarem não podem usufruir da rede social, configuravam um abuso, implicando a perda de controlo sobre os dados pessoais dos utilizadores e danos à concorrência em si.⁷⁸

Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal defendeu a posição dominante no mercado do *Facebook*, defendendo também que o *Facebook* abusa dessa mesma posição dominante quando “obriga” os utilizadores a concordarem com termos de serviço que permitem a esta rede social recolher dados para além da rede social em questão, ou seja, dados recolhidos fora do próprio *Facebook*. O Tribunal estabeleceu então umnexo de causalidade entre a posição dominante no mercado do *Facebook* e a utilização de termos abusivos de serviço. Tais termos de serviço demonstravam um resultado diferente do que poderia ser observado num cenário competitivo, sendo que aí vários utilizadores prefeririam optar por uma opção que permitisse não providenciar dados que venham de fontes que estejam fora do *Facebook*, ou até mesmo uma opção monetária de forma a não terem que providenciar estes dados. O facto de o *Facebook* não disponibilizar uma opção menos intensiva no que concerne a recolha de dados, demonstra que consegue atuar no mercado apesar das preferências dos utilizadores, o que por seu turno indica um abuso de domínio de mercado. Há também que tecer a consideração de que podemos considerar o providenciar de dados como o preço literal a pagar pela utilização do *Facebook*, preço esse que certamente será mais elevado quando é

⁷⁸ Wiedemann, Klaus – A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-Of-Dominance Proceedings *Bundeskartellamt v. Facebook* (Case KVR 69/19). Pgs. 1169 e 1170

obrigatória a recolha de dados “*off-facebook*”. O tribunal argumenta então que num cenário competitivo, estes termos não seriam expectáveis, sendo que haveria escolha entre uma recolha mais ou menos intensiva de dados.⁷⁹

Focando-nos aqui somente no abuso de posição dominante no que ao bem-estar dos consumidores, leia-se, utilizadores, concerne, focamo-nos agora no possível abuso de posição dominante de acordo com a secção 19 do GWB, podendo esta prática constituir uma imposição abusiva de condições injustas aos utilizadores, refletidas nos termos e condições do já referenciada rede social.⁸⁰

Focando-nos no número 1 e número 2 da secção 19 do GWB, podemos constatar que esta prática pode caber no ponto 2 do número 2, quando nos fala de exigir pagamento (que aqui seria precisamente o fornecimento de dados) ou outros termos negociais que diferem daqueles que existiriam se competição efetiva existisse.

Conclui-se então, no que a esta secção da dissertação e caso concerne, que embora não haja maneira de, em sede europeia, “desfazer” uma concentração de empresas depois de terem sido aprovadas mediante o efetivo controlo de concentrações, podem ainda assim existir remédios *ex-post* efetivos para lidar com qualquer abuso de posição dominante que afete tanto a concorrência como os próprios consumidores.

⁷⁹ Wiedemann, Klaus – A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-Of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). Pgs. 1170; 1171; 1172

⁸⁰ <https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/bundeskartellamt-initiates-proceeding-against-facebook-suspicion-having-abused-its-market>

3. *Algorithmic Pricing*: Uma Nova Preocupação Para o Direito da Concorrência. Potenciais Aplicações do Artigo 101º TFUE

Nesta secção será abordada a temática dos algoritmos de preços e o impacto que os mesmos podem ter face às normas principais de Direito da Concorrência, nomeadamente, as preocupações que agora se revelam devido às mais recentes formas de cálculo de preços online por parte das empresas.

De facto, este tipo de algoritmos, utilizados para um cálculo mais dinâmico e personalizado de preços, cuja utilização é facilitada por um mercado mais transparente devido a uma maior divulgação de preços por parte de cada empresa nas suas páginas web e por uma maior recolha e fornecimento de dados por parte dos consumidores, podem causar vários problemas a nível do Direito da Concorrência, que, como veremos, poderá vir a ser aplicado, pelo menos em sede Europeia, na forma dos artigos 101º e 102º do TFUE, a estas novas práticas, consoante o tipo de algoritmo que se utilize e, logicamente, consoante o tipo de situação com que nos deparemos.

Para tal, urge agora que definamos o conceito de *Algorithmic Pricing*, que como tal se afigura como uma estratégia de definição de preços que tem como respetiva base, logicamente, algoritmos de computador, que definem preços para bens e serviços dinamicamente, a um nível gregário, ou seja, dirigindo-se a agregados de indivíduos, ou a nível individual. É então uma sequência de passos computacionais que transformam o input, ou seja, uma vasta panóplia de dados e informações, em output, que neste específico caso pode ser considerado como o preço calculado pelos algoritmos. Os algoritmos para definição de preço processam então dados relacionados com mercados e os seus respetivos atores, levando em conta inúmeros aspetos tais como os preços da concorrência, procura dos consumidores, comportamento pessoal dos consumidores e respetivas características (como género, idade, habilitações académicas, etc) de forma a calcular o preço ideal que permita obter as maiores receitas possíveis, ou seja, um preço maximizante de lucro.⁸¹

⁸¹ Seele, Peter; Dierksmeier, Claus; Hofstetter, Reto; D. Schultz, Mario – Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing

Compete-nos, no entanto, dizer que nesta secção da nossa dissertação apenas abordaremos a temática de *Algorithmic Pricing* da perspectiva do tipo de preço que tem em consideração variantes do mercado como o comportamento dos preços dos concorrentes e fatores como a procura e oferta, sendo que o tipo de preço que se foca no comportamento e características dos consumidores será abordado posteriormente na dissertação, sendo essa precisamente a temática do *personalized pricing*.

Sendo assim, no que a esta secção concerne, focar-nos-emos numa definição de *pricing algorithms* que pode englobar as situações de aplicabilidade de *dynamic pricing*, que conta com fatores como os custos, capacidade e situação de procura de uma dada empresa, adequando os preços a estas mesmas variantes mas que engloba também (de uma forma especialmente relevante para o ramo do Direito abordado nesta dissertação) as situações em que os algoritmos são empregues para determinar ou adaptar preços com base em outras ofertas, ou seja, situações em que os algoritmos monitorizam preços determinados por outros vendedores e se adaptam ao mesmo, providenciando então ao vendedor online que o utiliza um preço adaptado a estas condições de mercado.⁸² Tal comportamento pode então dar azo a situações em que estes algoritmos são implementados de forma a fixar preços no âmbito de acordos estabelecidos entre humanos, uma vez que monitorizam o comportamento a nível de preços dos concorrentes ou para imitar o comportamento dos concorrentes também a nível de preços, resultando em valores que se poderiam observar em casos de colusão expressa, seja através de simples imitação do comportamento (subir ou baixar os preços) como da própria adoção do preço rival em si, aqui em casos onde falamos de colusão tácita.

Analisaremos então, de forma a relacionar esta temática de *Algorithmic Pricing* com Direito da Concorrência, duas situações que podem dar origem a novos desafios dentro deste ramo do Direito, e as respostas que este pode dar de forma a resolver estas novas questões impulsionadas pela utilização de novas tecnologias, sobretudo à luz do artigo 101º TFUE.

⁸² Autorité de la Concurrence; Bundeskartellamt – Algorithms and Competition. Novembro de 2019. Pgs. 4 e 5.

3.1. A Utilização de Algoritmos Para a Implementação de Colusão Expressa Pré-Existente

Neste cenário, que se pode dizer ser o mais simples de todos os que abordaremos, não estamos perante uma situação em que a colusão tem como causa a utilização de algoritmos (não obstante estes serem utilizados como meio de atingir a colusão pretendida) mas sim uma situação em que a utilização de algoritmos tem como causa uma situação de colusão expressa que antecede o recurso aos mesmos (ou seja, um acordo pré-existente) e que, naturalmente, dá verdadeiramente origem à colusão. Enquanto nas outras situações que abordaremos a colusão que se observa é um resultado do mero emprego de algoritmos, neste cenário, os mesmos são utilizados para atingir uma situação de colusão pretendida pelos intervenientes do acordo que é estabelecido previamente à utilização destas ferramentas que permitem o cálculo de preços. Estamos então perante um comportamento ilícito que recorre a algoritmos de forma a atingir o resultado proibido, tendo por base um acordo pré-existente. Tal acordo é então o que diferencia esta situação das demais que estudaremos, estando ausente nas mesmas.

Estando então definido o cenário, que, reiterando, é a utilização de algoritmos de forma a executar um acordo realizado entre humanos, podemos focar-nos, a título de exemplo, nos acordos horizontais e nos efeitos que *Algorithmic Pricing* pode ter neste tipo de caso. Devido a uma acrescida transparência de mercado e uma facilitada partilha de informação, o uso de algoritmos como os de monitorização (que podemos incluir na definição de *Algorithmic Pricing*, ou seja, como um dos tipos de algoritmos que podem ser empregues nesta prática de definição de preços por parte das empresas), podem facilitar a implementação de acordos de fixação de preços. Naturalmente, devido à facilitada monitorização de preços no mercado, e neste cenário de acordo horizontal, pode também ajudar a monitorizar todo e qualquer desvio em relação ao preço acordado e fixado, sendo que pode depois haver uma retaliação mais rápida a quem tente praticar um preço diferente, o que naturalmente desincentiva qualquer interveniente do acordo de tentar desviar-se do

preço fixado. Graças à utilização de algoritmos, a maior estabilidade deste tipo de acordos fica então garantida.⁸³

Naturalmente, compete-nos agora verificar que tipo de resposta pode o Direito da Concorrência, em sede europeia, dar a este comportamento. Logo constatamos que a resposta ao evidenciado neste cenário é deveras simples: Qualquer acordo que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno é sancionado sob o artigo 101º do TFUE, como é o caso da fixação de preços que aqui evidenciámos. A inclusão de algoritmos neste cenário, como meio de implementar o acordo previamente obtido, não cria por si só um novo acordo anti concorrencial. Trata-se apenas de uma forma de executar e facilitar a execução do acordo, através de, por exemplo, uma facilitada monitorização dos concorrentes⁸⁴ e, conseqüentemente, facilitada retaliação caso um dos concorrentes se desvie dos preços acordados, acabando com o incentivo de praticar preços diferentes.

Analisando o artigo 101º do TFUE, rapidamente constatamos também que o mesmo nunca se refere aos meios que são empregues para levar a cabo os acordos sancionados, bastando que as várias autoridades da concorrência estabeleçam que houve de facto um acordo, sendo que os meios utilizados para o implementar não afetam essa descoberta, no sentido em que a ilegalidade reside no acordo e não nos meios.⁸⁵

Conclui-se então que os algoritmos devem ser analisados em conjunto com a infração que facilitam ou executam, sendo que a sua utilização não faz dos acordos mais ou menos ilícitos.⁸⁶ Em suma, os algoritmos não são aqui mais do que um meio para praticar um ilícito, não assumindo, portanto, um papel central aquando da aplicação do artigo 101º do TFUE, sendo esse assumido pelo acordo em si, independentemente dos meios utilizados para o executar.

A título de exemplo, podemos analisar de forma breve um caso em que foram utilizados *pricing algorithms* para implementar um colusão pré-existente. O caso prendia-

⁸³ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 11

⁸⁴ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 22

⁸⁵ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 23

⁸⁶ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 23

se então com a venda online de posters e molduras e foi investigado pela autoridade da concorrência do Reino Unido, a CMA. Os factos ilícitos desenrolaram-se então na Amazon UK, website de compras e vendas, quando dois vendedores dos materiais já acima descritos concordaram que não praticariam preços inferiores aos indicados pelo outro em determinadas circunstâncias. No início, os dois vendedores implementaram o seu acordo de forma manual, sendo que posteriormente haviam decidido que seria logisticamente árduo consultar diariamente as variações de preços, passando, portanto, a recorrer a software que modifica automaticamente os preços, software esse configurado para implementar devidamente o acordo. Um dos vendedores configurou então os algoritmos para praticar preços mais baixos que a concorrência, igualando, no entanto, o preço do outro interveniente no acordo quando não houvesse preços de terceiros mais baixos. O que interessa retirar deste caso é o facto de que a CMA averiguou a responsabilidade das partes da mesma forma que em casos onde não são empregues algoritmos, baseando as suas investigações em e-mails trocados entre as partes e, no que concerne aos algoritmos, e-mails relacionados com a própria configuração dos mesmos e não um estudo dos algoritmos em si.⁸⁷

Serve a análise breve deste caso⁸⁸ para constatar que nestes casos o algoritmo tem relativa relevância, importando acima de tudo o acordo estabelecido entre as partes, sendo neste que as autoridades da concorrência se focam, e não tanto nos concretos algoritmos usados para executar o acordo. Não obstante a primazia dada ao concreto acordo estabelecido entre as partes, não deixa de ser objeto de grande interesse a concreta aplicação deste tipo de algoritmo, que torna sem dúvida a implementação deste tipo de acordos mais rápida e eficaz uma vez que ambas as partes têm a capacidade de se adaptarem mutuamente aos preços uma da outra automaticamente, sem qualquer necessidade de supervisão humana. Tal pode levantar problemas, por exemplo, em mercados altamente concentrados, leia-se, com poucos intervenientes e portanto, com pouca concorrência. Neste cenário, com um tipo de acordo deste género em vigor, uma empresa poderia subir repentinamente os seus preços e ser acompanhada automaticamente por um ou mais concorrentes, não deixando alternativa ao consumidor final, pelo menos no imediato, ao contrário do que sucederia caso a intervenção fosse somente humana (sendo que aqui poderia até haver uma escolha no sentido

⁸⁷ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 25

⁸⁸ Este caso pode ser consultado, ainda que de forma simplificada, no seguinte web-site - <https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products#case-timetable>

de não seguir o acordo, caso tal fosse mais rentável à empresa, algo que uma reação automatizada a variações de preço não permite). Em sentido contrário, mesmo numa situação em que haja mais concorrência, podem estes algoritmos facilitar imenso um acordo que se consubstancie em preços predatórios, permitindo uma igualação automática dos preços mais baixos no mercado face à concorrência e lesando naturalmente a mesma, o que por sua vez afeta inevitavelmente o consumidor final. Seria então de recomendar o estudo deste tipo de algoritmo, algo que permitiria uma melhor compreensão do seu comportamento e certamente a deteção da sua utilização por empresas, algo que poderia também facilitar a descoberta de acordos colusivos em prática.

3.2. A Colusão Tácita Alimentada por Algoritmos

Neste cenário, abordamos a questão da colusão tácita alimentada/auxiliada por algoritmos.

No entanto, antes de procedermos a tal, urge que definamos o que é exatamente colusão tácita. Com efeito, podemos afirmar estar perante um caso de colusão tácita quando, em determinadas circunstâncias de mercado os vários concorrentes são capazes de atuar de formas paralelas sem que entrem num acordo ou prática concertada que, naturalmente, seria punida pelo artigo 101º do TFUE.⁸⁹

Trata-se então de uma prática que permite às empresas manter lucros supranormais não observados em situação de concorrência normal, através de interações repetidas entre si mesmas, dando azo à manutenção de preços mais elevados uma vez que todas as empresas envolvidas neste cenário concordam tacitamente (sem comunicação entre as mesmas), que qualquer desvio da colusão tácita em prática leva a retaliações, retaliações essas que têm de comportar um custo considerável capaz de se sobrepor aos benefícios a curto-prazo, leia-se, lucros, que teriam sido obtidos tivessem as empresas permanecido em situação de colusão tácita.⁹⁰

Clarificamos que o conceito de colusão tácita é, por exemplo, e no que a esta dissertação interessa, a coordenação de preços sem que haja comunicação ou contato explícitos, permitindo uma atuação paralela entre concorrentes. Refere-se que apesar do termo, não é necessário que haja colusão envolvida no senso legal ou comunicação entre as partes, sendo empregue o termo colusão tácita por causa do resultado da mesma (em termos de preços por exemplo) que pode assemelhar-se aos resultados obtidos em colusão expressa, por exemplo. Outro termo que talvez melhor descreva este fenómeno é coordenação tácita, sendo este o significado de colusão tácita.⁹¹ Trata-se então de um comportamento paralelo entre concorrentes, um ajuste inteligente ao comportamento dos mesmos, que tal como se

⁸⁹ Bartłomiejczyk, Agnieszka – *Algorithmic Pricing Under EU Competition Law*. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 17

⁹⁰ Ivaldi, Marc; Jullien, Bruno; Rey, Patrick; Seabright, Paul; Tirole, Jean – *The Economics of Tacit Collusion*. Março de 2003. Pg. 5

⁹¹ Ivaldi, Marc; Jullien, Bruno; Rey, Patrick; Seabright, Paul; Tirole, Jean – *The Economics of Tacit Collusion*. Março de 2003. Pg. 4

pode ler no caso Wood Pulp⁹² no seu parágrafo 71, não é proibido, sendo que nem sequer se pode considerar este comportamento paralelo como prova absoluta de concertação,⁹³ algo que embora culmine num fenómeno chamado colusão tácita, não pode ser punido pelo artigo 101º devido à falta de acordos e comunicação como se observa em casos de colusão expressa. Outro nome para este fenómeno é *conscious parallelism* sendo um exemplo deste fenómeno dois postos de combustível adjacentes, em que um aumenta os seus preços e é seguido pelo outro posto que imita o aumento de preço, sem que tenha havido qualquer acordo ou comunicação entre ambos.⁹⁴ É também extremamente pertinente neste contexto e para esta dissertação falar de práticas concertadas, que se situam no meio destes dois extremos (colusão tácita e expressa) e se caracterizam por serem práticas em que é partilhada informação e intenções, sem que seja no entanto atingido ou proposto um acordo entre concorrentes,⁹⁵ algo que é claramente sancionado pelo artigo 101º TFUE. A diferença entre estas práticas concertadas e a colusão tácita é precisamente que no caso das primeiras, o paralelismo observado entre concorrentes é sustentado por elementos que indicam coordenação, como contatos entre empresas ou trocas de informações.⁹⁶ Daqui se conclui então que a adaptação de uma empresa ao preço de um concorrente, subindo, por exemplo, o preço de um produto quando o seu concorrente o sobe, é uma adaptação inteligente à conduta do concorrente, resultando neste fenómeno que aqui analisamos.

Retomando então a questão da colusão tácita, uma simples forma de retaliação neste contexto, e certamente, a mais comum e frequentemente observável, é então o término deste tipo de colusão e a restauração da normal concorrência e lucros que daí advêm. As firmas mantêm-se então em colusão tácita desde que uma delas não tente desviar-se da mesma através da prática de preços mais baixos que as suas concorrentes, coisa que, se fizer, resultará no fim deste comportamento paralelo no futuro.⁹⁷

⁹² Este caso pode ser consultado em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61985CJ0089\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61985CJ0089(01)&from=EN)

⁹³ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Mercado-Unico-novo-instrumento-complementar-para-consolidar-a-aplicacao-das-regras-em-materia-de-concorrenca/F525459_pt

⁹⁴ E. Harrington, Jr., Joseph – A Theory of Tacit Collusion. Johns Hopkins University: 2011. P. 2

⁹⁵ E. Harrington, Jr., Joseph – A Theory of Tacit Collusion. Johns Hopkins University: 2011. P. 3

⁹⁶ http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx

⁹⁷ Ivaldi, Marc; Jullien, Bruno; Rey, Patrick; Seabright, Paul; Tirole, Jean – The Economics of Tacit Collusion. Março de 2003. Pg. 5

Naturalmente, depreende-se então daqui que a colusão tácita consiste na manutenção de preços uniformes entre vários concorrentes, nomeadamente, preços mais elevados do que seria observável em situação de concorrência normal. Sempre que uma firma tenta praticar preços mais baixos do que se observa em colusão tácita, cessa a confiança entre as firmas e restaura-se a situação de concorrência observável num cenário pré-colusão tácita, com as restantes firmas a praticar preços igualmente baixos ou até mais baixos do que a firma “desviante”.

É esta retaliação, este mecanismo que permite à colusão tácita ocorrer, que nos leva precisamente a abordar um dos meios que a pode possibilitar, nomeadamente, a utilização de algoritmos.

Neste cenário, de colusão tácita “alimentada” por algoritmos, podemos estar perante uma situação em que são empregues pela vasta maioria dos concorrentes de uma determinada indústria, algoritmos que são unilateralmente desenhados e implementados por cada firma, ou seja, cada firma cria e aplica o seu próprio algoritmo independentemente das outras firmas. O algoritmo vai depois, logicamente, de acordo com o seu ímpeto de maximizar lucros, monitorizar e reagir adequadamente às variações de preço que observar. Convém ainda mencionar que neste cenário não há qualquer tipo de comunicação, cooperação ou acordo entre as várias empresas que aplicam estes algoritmos, tratando-se de uma série de decisões unilaterais que levam à utilização dos ditos.⁹⁸

Como se pode inferir daqui, os algoritmos, reagindo às variações de preços observáveis no mercado, criam então a dita colusão tácita, implementando preços uniformes.

De facto, estes tipos de algoritmos vão aumentar a velocidade de monitorização de preços e ajustamento, aumentando também, e naturalmente, a velocidade da retaliação que já aqui foi abordada. As empresas terão então menos incentivos para se desviarem dos preços praticados através de, por exemplo, descontos, uma vez que os concorrentes igualariam o preço, ou seja, retaliariam com uma velocidade tal, que os consumidores não teriam provavelmente tempo de constatar tal desconto. Estes algoritmos constituem então um elemento dissuasor no que à implementação de medidas como descontos ou somente preços

⁹⁸ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 18

mais baixos concerne, garantindo, portanto, a bem-sucedida implementação da colusão tácita de que falamos.⁹⁹

Tendo então sido feita uma breve introdução ao conceito de colusão tácita e, logicamente, à forma como tal é afetada quando implementados algoritmos, compete-nos agora pensar numa possível resposta legal a este cenário, nomeadamente, no que à colusão tácita alimentada por algoritmos concerne. Nesta dissertação indagaremos então se é possível aplicar o artigo 101º do TFUE a este cenário.

Como tal, podemos começar por constatar que a questão da colusão tácita não é por si só sancionada sob o artigo 101º do TFUE, com o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a já ter afirmado que o artigo 101º não impede os operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à já existente ou antecipada conduta dos seus concorrentes, como se pode constatar no parágrafo 174 do caso Suiker¹⁰⁰. Também no parágrafo 118 se pode constatar que qualquer produtor pode modificar os seus preços tendo em conta o comportamento presente ou previsível dos seus concorrentes¹⁰¹. É esta adaptação inteligente que caracteriza a colusão tácita¹⁰², precisamente a modificação de preços tendo em conta o comportamento dos concorrentes. É então um comportamento paralelo entre várias empresas que se adaptam aos preços umas das outras. Já assim não seria se estivéssemos perante uma prática concertada, o único cenário que se poderia aplicar à colusão tácita e à colusão tácita alimentada por algoritmos, uma vez que não existe aqui qualquer acordo nem decisão de associação de empresas. A colusão tácita teria então de culminar numa situação em que haveria uma forma de coordenação sem que se tivesse atingido uma fase em que fosse concluído um acordo formal, com esta cooperação a substituir os normais riscos de concorrência. Não obstante o aqui exposto, o TJUE já expressou inequivocamente que a adaptação inteligente à conduta existente ou antecipada dos concorrentes (que naturalmente leva ao comportamento paralelo que se observa na colusão tácita e a caracteriza), não pode ser identificado como prática concertada, com estas a serem expressamente proibidas, como

⁹⁹ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 19

¹⁰⁰ Este caso pode ser consultado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61973CJ0040&from=HR>

¹⁰¹ O parágrafo 118 pode ser encontrado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN>

¹⁰² Samuel Hutchinson, Christophe; Fliurovna Ruchkina, Gulnara; Guerasimovich Pavlikov, Sergei – Tacit Collusion on Steroids: The Potential Risks for Competition Resulting from the Use of Algorithm Technology by Companies. P. 6

se pode ler no parágrafo 174 do caso Suiker Unie, quando se constata que é expressamente proibido haver contato direto ou indireto com concorrentes, ou até qualquer conduta que possa influenciar o futuro comportamento dos mesmos, mas não exclui a adaptação inteligente que uma empresa pode praticar face aos seus concorrentes.¹⁰³ O mesmo raciocínio pode ser encontrado no caso ICI v Comissão, em que se pode ler no parágrafo 66 da decisão que ações paralelas não podem ser consideradas como práticas concertadas, não obstante poderem indicar a existência de uma.¹⁰⁴¹⁰⁵ Como já vimos anteriormente, as práticas concertadas diferenciam-se da colusão tácita precisamente por não haver qualquer troca de elementos que indicam coordenação.

Dito isto, considerando a ausência de acordos, decisões de associações de empresas e de práticas concertadas, podemos ser levados a crer que o artigo 101º não tem qualquer aplicabilidade à colusão tácita.

No entanto, compete-nos abordar a questão das práticas facilitadoras, algo com que o artigo 101º já demonstrou conseguir lidar, uma vez que tais práticas podem ser “apanhadas” como práticas concertadas pelo já mencionado artigo. A juntar-se a isto, convém ainda dizer que a maioria dos académicos considera que casos de colusão tácita pura são raros e que envolvem quase sempre esforços voluntários e práticas facilitadoras.¹⁰⁶

De facto, com as práticas facilitadoras, que naturalmente facilitam e potenciam estes cenários de colusão, não seria a colusão tácita que seria por si sancionada pelo artigo 101º TFUE, mas sim as próprias práticas facilitadoras, ou seja, os meios empregues para levar a cabo tal colusão, que por sua vez, podem constituir uma prática concertada, havendo evidências fortes de tal se a prática em questão levar a condições de concorrência não observáveis em condições normais do mercado. Um exemplo de prática facilitadora de colusão pode então ser a partilha de informação estratégica entre empresas, que, logicamente, permite um comportamento muito mais alinhado entre estas.¹⁰⁷

¹⁰³ Este caso pode ser consultado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61973CJ0040&from=HR>

¹⁰⁴ Este caso pode ser consultado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=en>

¹⁰⁵ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pgs. 36 e 37

¹⁰⁶ Cormack, Daniel – Is Article 101 TFEU a Suitable and Sufficiently Effective Instrument to Address Structural Competition Problems? Competition Forum – Resources, 2020, nº0001. Pg. 5

¹⁰⁷ Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 37

Como então vimos, colusão tácita no seu sentido clássico não é então sancionada sob o artigo 101º TFUE, sendo considerada uma mera adaptação inteligente a condições de mercado variáveis. Tal pode, no entanto, variar, caso seja comprovada alguma prática facilitadora de colusão tal como partilha de informação, caso em que pode ser considerada a existência de uma prática concertada, culminando na justa punição das partes envolvidas na colusão.

Aplicando estas noções ao caso da colusão tácita alimentada por algoritmos, ou seja, em que algoritmos são empregues como meio para atingir colusão em preços, parece-nos que, de igual forma, num cenário em que empresas desenvolvem unilateralmente o seu algoritmo, não partilhando este nem divulgando qualquer tipo de informação, não parece existir maneira de aplicar o já referenciado artigo, revelando-se este inapto para a promoção do combate a este tipo de colusão.¹⁰⁸

Ressalva, não obstante, para casos em que podem existir ações que possam levar à existência de prática concertada, como a divulgação de informação estratégica sobre política comercial a outras empresas, através de reuniões, telefonemas, e-mails ou qualquer outro meio apto à transmissão deste tipo de informação. De facto, basta apenas que uma única empresa divulgue esta informação sobre o seu futuro comportamento de mercado, para que a incerteza estratégica dos seus concorrentes seja diminuída e que o risco de limitação de concorrência e aumento de colusão aumente. Basta até que uma empresa receba esta informação de um concorrente para ser presumido que a aceitou e que adaptou a sua conduta face à mesma, a não ser que emita uma declaração em que claramente rejeita o desejo de receber tais dados. Sendo assim, e embora exista o direito de adaptação inteligente, são proibidos todos e quaisquer contatos diretos e indiretos entre concorrentes, cujo objetivo seja influenciar a conduta uns dos outros e criar condições que, caso contrário, não se observariam numa situação de mercado normal, leia-se, situações de concorrência normal.¹⁰⁹

Sendo assim, e a nosso ver, não parece haver maneira de punir colusão tácita alimentada por algoritmos recorrendo ao artigo 101º TFUE, porquanto a sua implementação parece configurar-se apenas como uma forma de adaptação inteligente às condições de

¹⁰⁸ Bartłomiejczyk, Agnieszka – *Algorithmic Pricing Under EU Competition Law*. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 37

¹⁰⁹ European Commission – *Communication from the Commission: Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*. Parágrafos 61 e 62

mercado, leia-se, aos preços da concorrência, tendo estes algoritmos como objetivo monitorizar e reagir a variações de preço. Tendo isto em conta, apenas parece existir aplicabilidade do artigo 101º a situações em que tenha havido divulgação de informações estratégicas, como, neste caso, a comunicação do desejo de implementar este tipo de algoritmos e basear a política de preço nos mesmos, podendo esta comunicação constituir quase um “convite a coludir” que outra empresa tacitamente receba e adapte o seu comportamento com base neste, implementando também os seus próprios algoritmos. Nestas situações, em que há comunicação entre concorrentes, que configura uma prática facilitadora de colusão e que culmina numa prática concertada, o artigo 101º parece então merecer aplicabilidade, não sendo totalmente inapto neste campo como inicialmente se poderia pensar.

Ainda espaço há para nos indagarmos o seguinte: Será que a própria implementação de algoritmos deste tipo pode ser considerada uma prática facilitadora de colusão?¹¹⁰

A nossa ver, e a título de opinião meramente pessoal, a resposta a esta questão depende de vários fatores, como a consciência de que a utilização massificada deste tipo de algoritmos leva a eventual colusão ou o comprovado intuito de sinalizar o uso de algoritmos a outras empresas, levando-as a adotar o mesmo comportamento. Embora a utilização de algoritmos não possa verdadeiramente ser considerada uma divulgação de informação para efeitos de prática concertada, o facto de o comportamento a nível de preços ser em algumas instâncias óbvio online, levando a concorrência a notar e a adaptar-se com a implementação de técnicas similares, pode ter alguma importância a nosso ver. Se a utilização deste tipo de algoritmo for feita de forma óbvia, seja até com algum descritor que o indique online, não constituirá isso uma comunicação ainda que indireta e a adaptação das restantes empresas como uma prática concertada com base nessa respetiva comunicação?

A nossa parecer, a implementação unilateral de algoritmos por si só não será em princípio sancionada pelo artigo 101º TFUE, mas deveria haver uma noção abrangente do que é “transmissão de informações estratégicas” ou até o intuito com que os mesmos são implementados: para reagir simplesmente a variações de preços, ou para criar uma situação de colusão, seja por perceber que é essa a prática massificada ou por estar a reagir a outro concorrente que de alguma forma comunicou a intenção de os utilizar.

¹¹⁰ Bartłomiejczyk, Agnieszka – *Algorithmic Pricing Under EU Competition Law*. Universiteit Van Amsterdam: 2018. Pg. 38

4. *Personalised Pricing*: Potencial Aplicação do Artigo 102º TFUE

Nesta parte da nossa dissertação, abordaremos a temática do *personalised pricing*, enquanto prática que, ao contrário do que sucede nas temáticas já por nós analisadas, consegue aplicar preços diferentes e personalizados a diferentes consumidores ou grupos de consumidores.

Começamos então por abordar a definição de discriminação nos preços. Tal acontece então quando uma empresa cobra a, por exemplo, dois consumidores ou até ao mesmo consumidor, preços diferentes por duas unidades do mesmo produto ou produtos semelhantes, diferença de preços essa que não reflete a diferenças de custo (leia-se, o custo incorrido para produzir tais produtos). Tal é feito de forma a extrair dos consumidores o maior valor possível do que estão dispostos a pagar por determinado produto.¹¹¹

Com o surgimento da maior disponibilidade de dados pessoais online, esta discriminação em preços fica então facilitada. As empresas podem utilizar os dados que recolhem online sobre consumidores e utilizá-los então para inferirem valores limite que os consumidores estão dispostos a pagar (*willingness-to-pay*). Sendo assim, quanto mais dados sobre os seus consumidores existentes ou consumidores potenciais uma empresa conseguir recolher, mais adequadamente conseguirá estimar os valores que os consumidores estão dispostos a pagar, conseguindo estabelecer preços discriminatórios com base nesta estimativa. Em situações extremas, a empresa conseguirá aplicar preços a nível individual e extrair totalmente o valor que cada consumidor está disposto a pagar. No entanto, e mais comumente, conseguirá aplicar preços personalizados a determinados grupos de consumidores, definidos por determinadas características.¹¹² Chama-se então a esta prática de aplicar preços diferentes a nível individual ou a nível de grupo, tendo por base dados pessoais dos consumidores, como as suas características próprias e a já referida disponibilidade máxima para pagar, *personalised pricing*.

¹¹¹ de Streeel, Alexandre; Jacques, Florian – *Personalised Pricing and EU Law*. Helsinki, Finlândia: 2019. Pg. 1

¹¹² de Streeel, Alexandre; Jacques, Florian – *Personalised Pricing and EU Law*. Helsinki, Finlândia: 2019. Pg. 1

Tendo em conta a discriminação que naturalmente decorre da aplicação diferenciada de preços a diferentes consumidores, que se observa nesta prática, procederemos então nesta dissertação à análise da possível aplicação do artigo 102º do TFUE ao *personalised pricing*, procurando saber se através de uma interpretação deste preceito, se pode considerar esta prática como um abuso de posição dominante. Claro está, consideraremos nesta análise estar perante abusos cometidos por firmas que estejam efetivamente em posição dominante e que efetivamente possam ter cometido um abuso ao aplicar condições dissimilares aos seus consumidores. Afirmar-se ainda que nesta secção da dissertação dá-se primazia aos consumidores finais, entenda-se, consumidores regulares e não industriais, ou seja, outras empresas que mantêm relações comerciais com a firma dominante. De facto, a explicação que se seguirá prende-se precisamente com os potenciais problemas relacionados com a aplicação da alínea c) deste artigo a práticas que lesem o consumidor final.

De facto, umas das principais questões ao analisar *personalised pricing* e a possível aplicação do artigo 102º a esta prática como possível abuso de posição dominante, prende-se precisamente a condutas de mercado que possam lesar consumidores finais e à aplicação deste preceito a tais práticas. Falamos então do escopo de aplicação do artigo 102º. Com efeito, este artigo refere-se então a uma lista de “abusos” que possam ser cometidos por uma ou mais empresas, mas não especifica os alvos de tais abusos, ou seja, se se aplica apenas a consumidores industriais ou também a consumidores finais, presumindo-se, portanto, que se aplica tanto a uns como a outros, excetuando a alínea c) que parece colocar especial ênfase em parceiros comerciais.

Ao estudar os *travaux préparatoires* do Tratado de Roma, Pinar Akman conclui que a intenção inicial era aplicar primariamente o artigo 102º a condutas exploratórias que diretamente lesassem consumidores finais¹¹³. No entanto, a Comissão Europeia raramente investigou abusos exploratórios e deu antes prioridade investigações pertinentes a práticas excludentes (como preços predatórios) onde se lesavam indiretamente os consumidores finais através da exclusão de concorrentes do mercado. Posto isto, nem o Tribunal Europeu de Justiça nem o Tribunal Geral da União Europeia clarificaram até hoje até que ponto é o artigo 102º aplicável a abusos que lesem consumidores finais. Já aplicou, no entanto, a

¹¹³ Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance Apud Akman, P. – Searching For The Long-Lost Soul of Article 82 EC.

Comissão, o artigo 102º TFUE à proteção dos interesses de consumidores finais, como é o caso da Decisão do Mundial de Futebol de 1998, caso este em que foram discriminados consumidores estrangeiros durante o processo de adquirir bilhetes para os jogos,¹¹⁴¹¹⁵ em que aliás se pode ler no parágrafo número 100 que “(...). *Embora a aplicação do artigo 82.º exija frequentemente uma avaliação do efeito de um comportamento da empresa na estrutura da concorrência num determinado mercado, a sua aplicação na ausência de tal efeito não pode ser excluída. Com efeito, os interesses dos consumidores são protegidos pelo artigo 82.º, sendo tal proteção alcançada proibindo o comportamento de empresas em posição dominante, que prejudica uma concorrência livre e não falseada e que seja diretamente prejudicial para os consumidores. Assim, e tal como foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça, o artigo 82.º pode ser devidamente aplicado, se for caso disso, a situações em que o comportamento da empresa em posição dominante prejudica diretamente os interesses dos consumidores apesar da ausência de qualquer efeito na estrutura da concorrência.*”

Não obstante esta temática não ter sido ainda devidamente clarificada, não nos parece uma ideia aberrante, tendo sobretudo em consideração o parágrafo da decisão que acima transpusemos, que se aplique este preceito a abusos que afetem consumidores finais diretamente, mesmo que não seja em concreto atingida a concorrência, leia-se, empresas concorrentes que mantenham qualquer tipo de vínculo com a empresa em posição dominante e que por esta sejam lesadas.

Nesta senda, e considerando então a eventual aplicação do artigo 102º a abusos cometidos contra consumidores finais, analisemos então a eventual aplicação das alíneas a) e c) à prática denominada de *personalised pricing*.

Começando pela alínea c), podemos principiar por dizer que o TJUE nunca, em nenhuma decisão, excluiu a potencial aplicação desta alínea a formas exploradoras de discriminação nos preços para com consumidores finais. De facto, de acordo com Pinar Akman, esta alínea utiliza, na sua versão em inglês, a expressão “*trading partners*” ao invés

¹¹⁴ Esta decisão pode ser consultada em

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0012&from=EN>

¹¹⁵ Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance

de “*undertakings*”, ao contrário de outras provisões no tratado.¹¹⁶ O mesmo se constata na versão portuguesa, com o recurso à expressão “parceiros comerciais” e não à expressão “empresas”.

Sendo assim, os consumidores finais poderiam eventualmente ser considerados parceiros comerciais ao comprarem serviços e produtos à empresa dominante.¹¹⁷ De facto, existem até versões deste diploma em que a expressão utilizada é menos desafiante a nível interpretativo, como é o caso da versão Espanhola que utiliza a expressão “*terceros contratantes*”, versão esta que não presume que os consumidores da empresa dominante tenham que realizar eles mesmos trocas comerciais, sendo por isso uma versão menos exigente.¹¹⁸ Continuando a exploração da alínea c), convém também abordar a expressão “desvantagem na concorrência”. Esta expressão levanta então mais problemas, uma vez que os consumidores finais não competem entre si. De facto, este é um dos principais argumentos para a não inclusão de consumidores finais nesta provisão. Apesar de esta alínea exigir a aplicação de “*condições desiguais no caso de prestações equivalentes*” colocando por isso os consumidores numa situação de “desvantagem na concorrência”, o que se tem vindo a observar é a exclusão prática deste requisito, com muito pouca análise em casos concretos do que constitui desvantagem na concorrência de consumidores significativa, com a prática a demonstrar a remoção deste requerimento, uma mesma que raramente foi tido em conta. No caso *United Brands*¹¹⁹ (e como se pode constatar a partir do parágrafo 204 da decisão) a prática de aplicar diferentes preços a diferentes consumidores foi considerada discriminatória, não obstante estes consumidores não competirem entre si, ou seja, os diferentes preços não colocavam ninguém numa “desvantagem na concorrência”.¹²⁰

Estas considerações demonstram então uma desconsideração do requisito “desvantagem na concorrência” apesar de estarmos perante uma situação, como a enunciada no caso, em que existe a “aplicação de condições desiguais no caso de prestações

¹¹⁶ Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance Apud Akman, P. – To Abuse or Not to Abuse: Discrimination Between Consumers

¹¹⁷ Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance

¹¹⁸ Townley, Christopher; Morrison, Eric; Yeung, Karen – Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King’s College London Dickson Poon School of Law. Pg. 35

¹¹⁹ Este caso pode ser consultado em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>

¹²⁰ Akman, Pinar – To Abuse, or Not to Abuse: Discrimination Between Consumers. ESRC Centre for Competition Policy and School of Law, University of East Anglia.

equivalentes”, razão pela qual é nosso parecer que a alínea que agora analisamos deve ser aplicada a casos de discriminação para com consumidores finais.

Esta expressão que agora analisámos poderia até então, através de um exercício de abstração, cobrir consumidores finais, com alguns consumidores “discriminados” colocados em “desvantagem” por pagarem preços mais elevados em comparação com os consumidores que pagam preços mais baixos.¹²¹

Convém também afirmar que, no que concerne à expressão “condições desiguais no caso de prestações equivalentes”, a prática de *personalised pricing*, que inclui naturalmente preços discriminatórios, parece incluir-se no escopo da mesma.¹²²

Dito isto, e concluindo, parece ser possível através de um exercício de abstração no que concerne às várias expressões da alínea, aplicar a mesma a casos de *personalised pricing*, algo que certamente ajudaria a regular este novo tipo de situação recorrendo a legislação já existente. Com a desconsideração já observada do requisito da “desvantagem na concorrência”, a abstração do termo “parceiros comerciais” (que aliás, é menos exigente em algumas versões do tratado, dependendo da língua) e com a inserção da prática no caso das “condições desiguais no caso de prestações equivalentes”, consideramos que alínea c) pode e deve ser aplicada.

No que concerne à alínea a) do artigo 102º TFUE, estamos perante um preceito que proíbe “preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas”. De facto, *personalised pricing* parece-se incluir perfeitamente nesta noção, uma vez que pressupõe a apresentação de preços diferentes a vários consumidores, o que parece incluir-se na interpretação literal do preceito.

Para mais, há que atentar no facto de este preceito ter sido utilizado já em vários casos, onde se considerou que cobrar um preço que não tem qualquer relação o valor do mesmo (onde de podem incluir os custos de produção do mesmo) é abusivo. Tal tornaria difícil explicar a relação entre o valor do produto e os vários, múltiplos preços apresentados para o mesmo ao aplicar *personalised pricing*.¹²³

¹²¹ Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance

¹²² Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance

¹²³ Townley, Christopher; Morrison, Eric; Yeung, Karen – Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King’s College London Dickson Poon School of Law. Pgs. 34 e 35

Tendo isto em conta e tendo em conta as várias decisões da Comissão em que o artigo 102º é aplicado apesar de não ter de haver necessariamente “qualquer efeito na estrutura da concorrência” atendendo-se somente aos danos infligidos aos consumidores, parece também ser possível a aplicação da alínea a).

Conclui-se então, face ao que foi aqui descrito, que há efetivamente a possibilidade de aplicar o artigo 102º TFUE a situações de *personalised pricing*, nomeadamente a situações que afetam o consumidor final. Falamos tanto do artigo 102º em geral, ou seja, não nos focando somente nas duas alíneas que analisámos como das alíneas a) e c). O facto de o artigo 102º conter um rol de abusos meramente exemplificativo e não taxativo¹²⁴ abona ainda mais a favor da aplicação deste preceito a práticas abusivas relacionadas com a discriminação de consumidores, em relação com o que observámos nos casos já abordados nesta dissertação.

¹²⁴ Marques, Patrícia Renata Costa – Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição. Instituto Universitário de Lisboa, Escola de Ciências Sociais e Humanas: 2016. Pg. 44

Conclusão

Com a elaboração desta dissertação, almejou-se a abordagem de novos problemas que pudessem ter impacto no Direito da Concorrência. Foram por isso analisados casos de relevo para este ramo do Direito, nomeadamente, o surgimento de novas tecnologias a nível de estabelecimento de preços bem como problemas atualmente criados por empresas de tecnologias de informação, tendo sido analisada em concreto uma das empresas *Big Tech*.

Como tal, e com especial enfoque na legislação europeia, foram primariamente utilizados os artigos 101º e 102º do TFUE de forma a tentar dar uma resposta legal a estas temáticas, não obstante ter também sido abordado de forma breve o controlo de concentrações de empresas, algo que assume especial relevância ao lidar com a problemática da *Big Tech*.

Conclui-se, de forma geral, que estes preceitos normativos atrás mencionados podem certamente dar ainda resposta a estes novos problemas causados pelo surgimento de novas tecnologias bem como de empresas focadas na produção das mesmas.

Passamos agora a conclusões concretas em relação a cada uma das principais temáticas incluídas nesta dissertação. Em relação ao caso do *Facebook*, conclui-se que, ao contrário do que sucede do Direito Norte-Americano, não há em sede Europeia forma de desmembrar concentrações anteriormente permitidas. Como tal, encontra-se então solução no controlo de concentrações de empresas, de forma a evitar novas situações que ameçam monopolizar de forma especialmente onerosa o mercado em causa. Tal controlo destina-se a evitar que se constituam estruturas de mercado que levem a uma perda de bem estar-social, algo que, naturalmente, está associado a uma concentração elevada de poder de mercado, o que constitui uma posição dominante.¹²⁵ Com este controlo, pode então evitar-se no futuro que estas empresas reforcem ainda mais o seu poder de mercado e criem uma posição ainda mais dominante no mercado, algo que potencialmente está aliado ao riscos de abuso da mesma, o que fere naturalmente o Direito da Concorrência. É precisamente também na questão da posição dominante que encontramos também formas de combater e manter sob controlo o avultado poder de mercado deste tipo de empresas, como vimos na dissertação,

¹²⁵ M.Mateus, Abel – Da Aplicação do Controlo de Concentrações em Portugal. Conferência Proferida no Curso de Verão sobre Concorrência, Regulação e Ambiente, Universidade de Coimbra, a 10 de julho de 2006. Pg. 1

através da aplicação do artigo 102º TFUE ou dos preceitos equivalentes contidos na legislação nacional de cada Estado-Membro.

Em relação ao tema do *Algorithmic Pricing*, foram também encontradas soluções. No que concerne ao da utilização de algoritmos para a implementação de colusão expressa pré-existente, conferiu-se que a utilização de algoritmos não afeta legalmente a solução que legal que se dá a este tipo de acordos, proibidos pelo artigo 101º do TFUE. Não obstante, conclui-se que o estudo deste tipo de algoritmos assume algum relevo, devido ao carácter deveras pernicioso da implementação dos mesmos nestes casos, contribuindo para uma manutenção destes acordos deveras mais eficaz, afetando mais os consumidores finais devido à própria natureza adaptativa dos algoritmos. A compreensão destas mecânicas permitiria às autoridades a deteção destes comportamentos no mercado, algo que serviria consequentemente para investigar situações em que há potencial de se observarem acordos anti-concorrenciais facilitados pelo emprego deste tipo de algoritmos.

Focando-nos agora na colusão tácita alimentada por algoritmos, pode-se, na dissertação, constatar que não é possível a aplicação do artigo 101º TFUE ao fenómeno de colusão tácita, fenómeno este que não significa necessariamente que haja colusão, não obstante o seu nome. Trata-se então de uma adaptação inteligente ao comportamento dos concorrentes, um comportamento paralelo, que como vimos, embora culmine numa situação em tudo semelhante a colusão, não é condenada. De facto, a implementação unilateral por parte das empresas de algoritmos que monitorizam e se adaptam aos comportamentos dos concorrentes, não constitui entre nós uma violação do Direito da Concorrência, precisamente por constituir uma forma de as empresas garantirem uma adaptação inteligente às condições de mercado, algo que seria possível, embora mais dificilmente, sem os algoritmos em si. Tal não obsta, no entanto, a que o artigo 101º TFUE possa encontrar aqui aplicação, nomeadamente se houver entre estas empresas qualquer transmissão de informações estratégicas relacionadas com a própria implementação de algoritmos ou com o funcionamento dos mesmos, podendo aqui considerar-se alguns cenários em que certas ações poderiam consubstanciar esta partilha, desde a comunicação direta entre empresas bem como algum tipo de indicador online que tenha por objetivo comunicar a intenção de que outras empresas adotem também estas estratégias. Também, como vimos, a intencionalidade com que tais algoritmos são implementados, merece atenção: mesmo que não tenha sido comunicada direta ou indiretamente a utilização de tais algoritmos, não poderá a

implementação dos mesmos por de alguma forma saber que é essa a prática comum e outros os implementaram, consistir numa forma de coludir e portanto numa prática que tenha “por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno” tal como prescreve o artigo 101º TFUE, não obstante não se possa dizer que há aqui um acordo ou prática concertada? Mesmo sem uma partilha direta de informações, não se pode considerar esta prática, sabendo que os concorrentes também a adotam, como uma forma de substituir os riscos da competição pela cooperação prática, tal como se pode ler na definição de prática concertada no parágrafo 64 do caso ICI vs Comissão?¹²⁶

Importa ainda a este propósito clarificar a distinção entre objeto e efeito da restrição da concorrência. Sendo assim, uma restrição pelo objeto caracteriza-se por um acordo que por sua natureza pode restringir a concorrência, ou seja, a própria restrição da concorrência é precisamente o objeto do acordo. A restrição pelos efeitos é precisamente observada quando um acordo não tem por objeto inato a restrição da concorrência, devendo os efeitos reais e potenciais do acordo ser examinados de forma a averiguar se são efetivamente restritivos da concorrência. Devem-se então comparar esses efeitos com o contexto jurídico e económico que se verificar caso não tivesse existido o acordo.¹²⁷

Disto isto, no que aos efeitos concerne, considera-se então a situação hipotética dos mercados afetados na ausência da prática em causa.¹²⁸

Muito embora se pressuponha sempre em ambos os casos aqui explicitados a existência de um acordo, resta a questão de se saber se porventura, face aos efeitos desta prática de colusão tácita, não poderia ser a implementação unilateral de algoritmos por parte de empresas considerada uma prática restritiva da concorrência através dos efeitos, tendo-se em conta a intencionalidade das empresas ao adotarem estes mecanismos ao saber que é essa a prática massificada. Concluindo, embora não haja um acordo entre empresas, pode haver uma intencionalidade de restringir competição, intencionalidade essa que tem efeitos nefastos quando posta em prática, podendo constituir uma restrição da concorrência pelos efeitos, devendo contrapor-se estes à situação económica que se observaria caso as empresas não adotassem estas práticas.

¹²⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=en>

¹²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126062>

¹²⁸ Sousa Ferro, Miguel – Práticas Restritivas da Concorrência: Súmula Orientada Para a Prática Judicial. Pg. 20.

Não obstante estas considerações, é de concluir pelo menos que embora a colusão tácita não seja sancionada, pode a mesma ser punida se se transformar em prática concertada mediante a partilha de, por exemplo, informações estratégicas.

Analisando a questão final do *Personalised Pricing*, almejou esta dissertação dar resposta à aplicação desta prática em relações com consumidores finais, mais concretamente, com a aplicação das alíneas a) e c) deste preceito, com a alínea a) a não levantar problemas em relação ao sancionamento de tal prática no que a consumidores finais concerne. Já a alínea c), a nossa ver, e embora se deduza do seu texto que apenas se pode aplicar a relações estabelecidas entre empresas, pode também ser aplicado a interações com consumidores finais, através da interpretação do artigo que foi feita nesta dissertação, recorrendo a argumentos como, por exemplo, em algumas versões do texto se poder ler termos como terceiros contratantes ao invés de parceiros comerciais ou a desconsideração da expressão “desvantagem na concorrência” na jurisprudência que foi analisada, como o caso *United Brands*. Concluiu-se então pela potencial aplicação desta alínea a casos de *personalised pricing* cujo alvo sejam consumidores finais.

Bibliografia

Akman, Pinar – To Abuse, or Not to Abuse: Discrimination Between Consumers. ESRC Centre for Competition Policy and School of Law, University of East Anglia.

Augusto Barbosa da Fonte, Mário – Política da Concorrência em Portugal. Faculdade de Economia da Universidade do Porto: 2012.

Autorité de la Concurrence; Bundeskartellamt – Algorithms and Competition.

Bartłomiejczyk, Agnieszka – Algorithmic Pricing Under EU Competition Law. Universiteit Van Amsterdam: 2018.

Botta, Marco; Wiedemann Klaus – To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance

Cormack, Daniel – Is Article 101 TFEU a Suitable and Sufficiently Effective Instrument to Address Structural Competition Problems? Competition Forum – Resources, 2020, nº0001.

de Stree, Alexandre; Jacques, Florian – Personalised Pricing and EU Law. Helsinki, Finlândia: 2019

E. Harrington, Jr., Joseph – A Theory of Tacit Collusion. Johns Hopkins University: 2011.

Eckbo, B. Espen; Wier, Peggy – Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: A reexamination of the market power hypothesis. 1985.

European Commission – Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints

European Commission – Communication from the Commission: Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements.

Intervenção do Presidente da Autoridade da Concorrência na Conferência “Direito e Política da Concorrência em Portugal: Evolução e Perspetivas” – Lisboa, 26 de novembro de 2015.
Ivaldi, Marc; Jullien, Bruno; Rey, Patrick; Seabright, Paul; Tirole, Jean – The Economics of Tacit Collusion. Março de 2003

Lima, Ricardo Filipe Ferreira – A Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia em Simultâneo com o Direito Nacional – Problemas e Incompatibilidades: Melhorias Conseguídas com a Alteração da Lei N°18/2003 para a Lei N°19/2012. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2015

M. Scott Morton, Fiona; C. Dinielli, David – Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook. Junho de 2020.

M.Mateus, Abel – Da Aplicação do Controlo de Concentrações em Portugal. Conferência Proferida no Curso de Verão sobre Concorrência, Regulação e Ambiente, Universidade de Coimbra, a 10 de julho de 2006.

Marques, Patrícia Renata Costa – Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição. Instituto Universitário de Lisboa, Escola de Ciências Sociais e Humanas: 2016.

Meschi, Meloria; Mayal, Montek; Mehrotra, Avinash – Assessing the Importance of Market Power in Competition Investigation

Moura e Silva, Miguel – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial. Edições Almedina. SA, março, 2008. ISBN: 978-972-40-3404-1.

Quack, Sigrid; Djelic, Marie-Laure – Adaptation, Recombination and Reinforcement: The Story of Antitrust and Competition Law in Germany and Europe.

S. Patel, Menesh – Merger Breakups. 15 de janeiro, 2020

Samuel Hutchinson, Christophe; Fliurovna Ruchkina, Gulnara; Guerasimovich Pavlikov, Sergei – Tacit Collusion on Steroids: The Potential Risks for Competition Resulting from the Use of Algorithm Technology by Companies.

Seele, Peter; Dierksmeier, Claus; Hofstetter, Reto; D. Schultz, Mario – Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing.

Silva, André Miguel dos Santos Lopes da – O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas. Faculdade de Direito da Universidade do Porto: 2013

Sousa Ferro, Miguel – Práticas Restritivas da Concorrência: Súmula Orientada Para a Prática Judicial.

T. Gundlach, Gregory; Moss, Diana – The Role of Efficiencies in Antitrust Law: Introduction and Overview – The Antitrust Bulletin. Volume 60, 2015.

Townley, Christopher; Morrison, Eric; Yeung, Karen – Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law. King's College London Dickson Poon School of Law.

Ullrich, Hanns – The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition? Edward Elgar Publishing, 2006. P. 18

Veljanovski, Cento – Network Effects and Two-Sided Markets, Janeiro de 2007.

Visser, Bram – The Facebook:Whatsapp Merger Case. European Commission's Lucky Break or Proof of Impermeable System of Merger Control?

Wiedemann, Klaus – A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-Of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19).

LINKS

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx

<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/V/VerticalRestraint.aspx>

https://europa.eu/european-union/about-eu/history_en

M.Mateus, Abel – Sobre os Fundamentos do Direito e Economia da Concorrência -
<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/abel-m-mateus-sobre-os-fundamentos-do-direito-e-economia-da-concorrenca/>

¹ <https://pressbooks.bccampus.ca/uvicecon103/chapter/8-1-monopoly/>

<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/economics/monopoly/>

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiBgp-qoe_tAhURjhQKHYZ6B3kQFjAAegQIAxAC&url=https%3A%2F%2Fnewprairiepress.org%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Ffilename%3D13%26article%3D1012%26context%3DDebooks%26type%3Dadditional&usg=AOvVaw2XSft9xsintVe6JX2Wii3

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=EN> (Jurisprudência)
<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-2>

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0507(01)&from=EN)

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx

https://www.economicsonline.co.uk/Definitions/Marginal_cost.html

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>

<https://www.nytimes.com/2020/12/09/technology/facebook-antitrust-monopoly.html>

<https://indianexpress.com/article/explained/us-ftc-antitrust-lawsuit-against-facebook-whatsapp-instagram-7101497/>

<https://www.cnbc.com/2020/12/09/ftc-and-several-states-launch-antitrust-lawsuits-against-facebook.html>

<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>

https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-02/merger_control_procedures_en.pdf

<https://www.businessinsider.com/all-the-times-facebook-copied-snapchat-2017-5>
<https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/bundeskartellamt-initiates-proceeding-against-facebook-suspicion-having-abused-its-market>

<https://www.gov.uk/cma-cases/online-sales-of-discretionary-consumer-products#case-timetable> (Jurisprudência)

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61985CJ0089\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61985CJ0089(01)&from=EN) (Jurisprudência)

https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Mercado-Unico-novo-instrumento-complementar-para-consolidar-a-aplicacao-das-regras-em-materia-de-concorrenca/F525459_pt

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=EN> (Jurisprudência)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61973CJ0040&from=HR> (Jurisprudência)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=en> (Jurisprudência)

<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0012&from=EN> (jurisprudência)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN> (Jurisprudência)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126062>