

GEE Paper

148

Abril de 2020



Da confluência entre Big Data e Direito da Concorrência: As concentrações digitais - O caso Facebook/WhatsApp

Ana Rodrigues Bidarra



Gabinete de Estratégia e Estudos

Da confluência entre *Big Data* e Direito da Concorrência: As concentrações digitais - O caso *Facebook/WhatsApp*

Ana Rodrigues Bidarra¹

Resumo

A economia digital revolucionou a estrutura tradicional e o funcionamento dos mercados. Os dados pessoais são considerados o “novo petróleo” da actividade económica, um recurso fundamental cuja recolha e análise em larga escala são potenciadas pelo desenvolvimento das TIC. A simbiose entre *Big Data* e *Big Analytics* pode promover um ambiente concorrencial benéfico, para empresas e consumidores, mas à medida que se expandem as fronteiras da inovação e da ciência surgem preocupações que colocam em causa esta nova dinâmica de mercado. Pugnamos que, na circunstância em que as empresas concorrem nos mercados digitais orientados por dados e os consumidores, enquanto titulares de dados pessoais, são negativamente afectados, designadamente pelo decréscimo da qualidade do tratamento dos dados pessoais, há lugar à intersecção entre o direito da concorrência e o direito da protecção de dados que justifica uma intervenção coordenada com vista à análise holística das questões suscitadas. As plataformas digitais multilaterais com modelos de negócio assentes na monetização de *Big Data* através da publicidade apresentam um desafio aos instrumentos de concorrência tradicionais, baseados no preço, que se encontram desadequados para proceder a uma apreciação cabal destes mercados. Através da análise da decisão da CE na operação de concentração Facebook/WhatsApp demonstramos a necessidade de melhor compreensão do funcionamento das plataformas multilaterais e a premência na adequação das ferramentas de análise jusconcorrenciais à apreciação das concentrações motivadas por dados num contexto digital.

JEL Classification: K21, L12, L41

Palavras-chave: Big Data; direito da concorrência; protecção de dados pessoais; controlo de concentrações; plataformas multilaterais

Nota: Este artigo é de responsabilidade exclusiva da autora e não reflete necessariamente as posições do GEE ou do Ministério da Economia. Este artigo foi um dos vencedores da Call for Papers sobre Telecomunicações e Digitalização na Economia (GEE/ANACOM).

¹ *Legal Officer* na Autoridade da Concorrência, Licenciada em Direito e Mestre em Ciências Jurídico-Financeiras pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. As opiniões expressas neste texto apenas vinculam a autora.

1. Big Data, Protecção de Dados Pessoais e Direito da Concorrência

*Big Data is neither inherently good, evil, nor neutral. Its social value depends on the industry and the purpose and effect of the data-driven strategy.*²

1.1 A relevância dos dados no âmbito da Economia Digital³

Em plena era do dataísmo,⁴ os dados, avaliados como o “novo petróleo”,⁵ tornaram-se um recurso fundamental para o crescimento económico, a competitividade, a inovação, a criação de emprego e o progresso da sociedade em geral.⁶

Embora o tratamento de dados não seja uma novidade para as actividades económicas e sociais, a escala e o poder das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), que permitem a sua monetização, desenvolvem-se a um ritmo extraordinário. As operações de recolha, conservação e análise de dados registam uma trajectória ascendente e ilimitada, potenciada por desenvolvimentos tecnológicos sem precedentes ao nível da capacidade de processamento, pela diminuição dos custos relacionados com a computação e conservação⁷ e pelo desenvolvimento de fenómenos como a Internet das Coisas (IdC) e a Inteligência Artificial (IA).⁸

O *Bundeskartellamt* e a *Autorité de la Concurrence* enfatizam, aliás, a alteração dos hábitos dos consumidores, que, além de transportarem consigo dispositivos que permitem o registo constante da sua geolocalização, utilizam cada vez mais a Internet para actividades como a leitura de notícias, a visualização de filmes e séries, a audição de programas de rádio *online* e para a partilha de conteúdos em redes sociais, o que permite que as empresas “registem as suas acções de uma forma tão precisa que podem ser retiradas conclusões detalhadas e individualizadas sobre a sua receptividade a mensagens de venda.”⁹

Numa comunicação adoptada pela Comissão Europeia (CE) no âmbito da sua estratégia para o Mercado Único Digital (MUD),¹⁰ foi introduzido o conceito de Economia Europeia dos Dados, aí caracterizado como “um ecossistema de diferentes tipos de intervenientes no mercado (...) que colaboram para garantir que os dados são acessíveis e utilizáveis” que “permite aos intervenientes no mercado extrair valor desses dados, através da criação de um leque de aplicações com um grande potencial de

² Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 2, numa adaptação da primeira lei (de seis, criadas com o intuito de orientar o debate acerca da relação entre o Homem e a Tecnologia) de Melvin Kranzberg: *Technology is neither good nor bad; nor is it neutral*.

³ A economia digital é um termo genérico que visa descrever os mercados que se concentram em tecnologias digitais. Estes envolvem tipicamente o comércio de bens ou serviços de informação através do comércio electrónico, em OECD, «The Digital Economy», 2012, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.

⁴ Byung-Chul Han, *Psicopolítica: Neoliberalismo e novas técnicas de poder* (Relógio D'Água, 2015), 66, definindo-o como a “revolução dos dados”, um “novo credo”.

⁵ Nas palavras da antiga Comissária Europeia para a Protecção dos Consumidores: *Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world* em Meglena Kuneva, «Keynote Speech», *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, 31 de Março de 2009, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm; e, também, em The Economist, «The world's most valuable resource is no longer oil, but data», consultado em 16 de Julho de 2019, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

⁶ Comissão Europeia, «Construir uma Economia Europeia dos Dados», 2017, 2, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN>.

⁷ De acordo com os dados facultados pelo Executive Office of the President, em «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values» (Washington, 2014), 2, o desenvolvimento tecnológico reduziu os custos de criação, recolha, gestão e armazenamento de informação para um 1/6 do valor de 2005.

⁸ Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016), 15–19.

⁹ Bundeskartellamt e L'Autorité de la Concurrence, «Competition Law and Data», 2016, 11.

¹⁰ «Comunicação da Comissão: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa», 2015, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=PT>.

melhoria da vida quotidiana (por exemplo, gestão do tráfego, otimização das colheitas ou cuidados de saúde à distância)”.¹¹

A exploração económica das actividades de tratamento de dados pelas empresas é um claro indicador de que os dados pessoais são um bem valioso em que vale a pena investir.

1.1.1 Big Data

O *Big Data* designa, antes de mais, o facto de existir actualmente um fluxo de informação sem precedentes e que serve novos e extraordinários propósitos. Permite-nos “aprender, com um grande volume de informação, coisas que não poderíamos compreender com a utilização de quantidades menores”¹² de dados e é “caracterizado pela capacidade de transformar em dados muitos aspectos do mundo que nunca foram quantificados antes”,¹³ num processo de datificação.¹⁴

A Comissão Europeia (CE) oferece uma definição de *Big Data*¹⁵ que permite uma percepção aproximada da amplitude dos dados sujeitos a operações de tratamento nesse contexto. Contudo, apesar de utilizada frequentemente nos mais diversos contextos, a expressão *Big Data* não apresenta uma definição unívoca¹⁶ nem se revela capaz de ser cabalmente compreendida,¹⁷ pelo que cumpre, desde já, operacionalizar o conceito para efeitos do presente trabalho, circunscrevendo-o a operações de tratamento de dados pessoais¹⁸ em larga escala.

O *Big Data*, enquanto fenómeno tecnológico, é comumente caracterizado por 4 Vs¹⁹:

i) O **volume** dos dados;

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) afirma que “A digitalização de quase todos os meios de comunicação social e a crescente migração das actividades sociais e económicas para a *Internet* (...) geram *petabytes*²⁰ (...) de dados a cada segundo” e que “com a crescente

¹¹ Comissão Europeia, «Construir uma Economia Europeia dos Dados», 2.

¹² Kenneth Cukier e Viktor Mayer-Schoenberger, «The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think About The World», *Foreign Affairs* 92, n. 3 (2013): 28.

¹³ Cukier e Mayer-Schoenberger, 28.

¹⁴ EDPS, «Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy», *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, 2014, 9, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

¹⁵ O termo «Megadados» (ou grandes volumes de dados) designa grandes quantidades de dados de diferentes tipos produzidos a partir de vários tipos de fontes, nomeadamente pessoas, máquinas e sensores. Pode tratar-se de informação sobre o clima, imagens de satélite, vídeos e fotografias digitais, registos de transações ou sinais GPS. Os Megadados podem incluir dados pessoais: ou seja, quaisquer informações respeitantes a um indivíduo, e podem ser tudo e mais alguma coisa, nomeadamente um nome, uma fotografia, um endereço de correio eletrónico, informações bancárias, mensagens publicadas em redes sociais, informações médicas ou um endereço IP de computador.

¹⁶ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 15; President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 2; Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 15, *inter alia*.

¹⁷ Giovanni Buttarelli, «Keynote Speech» (Discurso proferido no *FutureTech Congress*, Varsóvia, 25 de Maio de 2017).

¹⁸ Entendidos enquanto qualquer “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)", nos termos do 1) do artigo 4.º do Parlamento Europeu e Conselho, «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)», 2016; OECD, «Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value», OECD Digital Economy Papers (Paris, 2013), 7, <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.

¹⁹ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report» (Paris, 2014), 30, <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>; Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 15; Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 16; OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation» (Paris, 2013), 325, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264193307-en>.

²⁰ Um *petabyte* é uma unidade de medida de informação que equivale a 1024 *terabytes*.

implementação e interconexão de sensores (...) através de redes fixas e móveis (...), cada vez mais actividades *offline* também são registadas digitalmente,²¹ dando origem a uma onda adicional de dados.”²²

Importa considerar, ainda, a diminuição dos custos ao nível da recolha e armazenamento de grandes volumes de dados, – a par da eclosão do *cloud computing* - o advento da banda larga, a disseminação de dispositivos electrónicos inteligentes e a adesão em massa a redes sociais,²³ onde os consumidores fornecem activa e passivamente uma abundante quantidade de dados sobre si próprios.

ii) A **velocidade** a que os dados são recolhidos, analisados e disseminados;

A velocidade dos dados tem de ver com a celeridade com que estes são produzidos, acedidos, analisados e difundidos. A rapidez das diversas operações de tratamento tem aumentado, chegando a ocorrer, em muitos casos, em tempo real.²⁴

Numa carta endereçada aos accionistas da Amazon, Jeff Bezos realça a importância desta característica, transmitindo-lhes que, para manter uma posição cimeira no mercado “há que, de alguma forma, tomar decisões de alta qualidade a alta velocidade (...). As equipas séniores da Amazon estão determinadas a manter em níveis elevados a nossa velocidade de tomada de decisão. A velocidade é importante nos negócios (...).”²⁵

O fenómeno denominado por *nowcasting*, que permite a previsão dos acontecimentos no momento exacto em que ocorrem,²⁶ é um exemplo da velocidade na análise dos dados e da relevância e utilidade dos dados em tempo real,²⁷ numa época de autêntica digitalização humana, em que os ambientes real e *online* parecem convergir.

iii) A **variedade** dos dados acumulados;

A variedade dos dados diz respeito à diversidade de fontes e aos tipos de dados – estruturados e não estruturados.²⁸ Hoje, os dados assumem as mais diversas formas (*emails*, fotografias, áudio, vídeos, sinais de GPS, etc.) e esta variedade de dados não estruturados²⁹ revoluciona os meios tradicionais de conservação, extracção de informação³⁰ e análise dos mesmos.³¹

Os consumidores tornaram-se fábricas de dados ambulantes.³² A variedade de informação recolhida acerca do mesmo indivíduo aumenta, a par do volume e velocidade no tratamento de dados, o valor dos mesmos.³³

²¹ De facto, com a evolução e disseminação da IoT, sensores, microfones e câmaras vão recolher cada vez mais dados sobre os indivíduos em diversos contextos (nas suas casas, carros, escolas, emprego ou tempos livres) permitindo a sua monitorização em tempo real, tornando a realidade em que vivemos cada vez mais próxima à ficção retratada, por exemplo, em séries como *Black Mirror* (Netflix, 2015).

²² OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation», 322.

²³ Fenómeno designado como “enxame digital” por Byung-Chul Han, *No Enxame. Reflexões sobre o Digital* (Relógio D’Água, 2016), 22.

²⁴ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 19; McKinsey Global Institute, «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 2011, 98.

²⁵ Jeff Bezos, «Letter to Shareholders», 2017, disponível em <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312517120198/d373368dex991.htm>.

²⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 19.

²⁷ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 19.

²⁸ Para uma melhor compreensão e distinção entre as tipologias de dados vide Henning Baars e Hans-George Kemper, «Management Support with Structured and Unstructured Data—An Integrated Business Intelligence Framework», *Information Systems Management*, 2008, 132–33, <https://doi.org/10.1080/10580530801941058>.

²⁹ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 11.

³⁰ Processo comumente denominado de *data mining*.

³¹ James R. Kalyvas e Michael R. Overly, eds., *Big Data: A Business and Legal Guide* (Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2015), 5.

³² Andrew McAfee e Erik Brynjolfsson, «Big Data: The Management Revolution», *Harvard Business Review*, 2012, disponível em <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>.

³³ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 21.

iv) O **valor** dos dados.

Em bom rigor, o mero acesso ao *Big Data* é inútil a não ser que dele se possa extrair valor. Há, contudo, um importante *caveat* a este respeito: a análise do valor dos dados *ex ante* é praticamente impossível visto que a informação dele resultante é dependente de contexto. Uma vez que a informação depende de contexto, o valor e a qualidade dos dados dependem, por norma, da utilização pretendida, o que significa que dados considerados de excelente qualidade para determinada finalidade podem ser de fraca qualidade para outra.³⁴

De acordo com o relatório publicado pelo McKinsey Global Institute “Há muitas formas de utilizar o *big data* para criar valor entre os sectores da economia global. (...)”³⁵

O valor dos dados está intrinsecamente ligado ao valor socioeconómico que é obtido através da utilização de *Big Data* - é o potencial valor económico e social que motiva a concentração e o tratamento dos dados nesta escala.³⁶ Há mesmo quem se refira à dimensão socioeconómica do *Big Data* como um novo factor de produção.³⁷ O volume, a variedade dos dados recolhidos e a velocidade a que ocorrem as operações de tratamento aumentaram devido ao valor atribuído aos dados³⁸ e este deriva dos demais Vs.³⁹ Efectivamente, o volume dos dados permite que as empresas encontrem correlações entre grandes quantidades de dados, a variedade (e também a fusão) enriquece o acervo da empresa e a velocidade⁴⁰ faculta-lhe a capacidade de ser a primeira a recolher, analisar e utilizar os dados, conferindo-lhe uma vantagem competitiva face aos seus concorrentes.⁴¹

1.1.2 Big Data e Big Analytics

O *Big Data* é também definido enquanto um “conjunto de dados cujo tamanho está além da capacidade de ferramentas de *software* de bases de dados típicas ao nível da recolha, armazenamento, gestão e análise,”⁴² o que nos remete para o seu aliado, o *Big Analytics*,⁴³ que designa, essencialmente, um “processo de análise de grandes quantidades de dados (*Big Data*) para descobrir padrões, correlações e outras informações úteis.”⁴⁴

Essencialmente, *Big Analytics* significa a extracção de conhecimento de grandes volumes de dados, através de soluções de *software* de elevada *performance*, e a capacidade de o traduzir numa vantagem comercial, motivo pelo qual funciona como uma importante bússola para qualquer processo de tomada de decisão – i.e., o principal objectivo do *Big Analytics* é ajudar as empresas a tomar melhores decisões comerciais. Assim, *Big Data* e *Big Analytics* revelam uma relação simbiótica, de reforço mútuo, uma vez que o primeiro teria menos valor se as empresas não tivessem ferramentas capazes de analisar

³⁴ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 26.

³⁵ McKinsey Global Institute, «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 2.

³⁶ OECD, «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation», 352.

³⁷ OECD, 352.

³⁸ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 22.

³⁹ Stucke e Grunes, 23.

⁴⁰ Com sistemas de monitorização em tempo real e algoritmos inteligentes que actualizam automaticamente as suas inferências e previsões, as empresas facilmente superam os seus concorrentes ao serem as primeiras a decifrar alterações no mercado, Stucke e Grunes, 24.

⁴¹ Stucke e Grunes, 23.

⁴² McKinsey Global Institute, «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 1.

⁴³ Também definido como “a capacidade de criar algoritmos com aptidão para aceder e analisar vastas quantidades de informação” por Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 15.

⁴⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7023 - Publicis/Omnicom, 119, para. 617 (2014).

rapidamente os dados e tomar decisões com base neles e o último, nomeadamente os algoritmos *machine learning*,⁴⁵ depende do acesso a grandes volumes de dados.⁴⁶

Note-se que, conforme indica a Autoridade Europeia para a Protecção de Dados (AEPD), “A Inteligência Artificial, como a robótica, diz respeito a uma necessidade tecnológica para máquinas autónomas (...) O seu avanço oferecerá um potencial imenso que ultrapassa a sua aplicação actual. Aos algoritmos *deep learning* ensinam-se tarefas através do tratamento de grandes conjuntos de dados utilizando (entre outras coisas) redes neurais que parecem imitar o cérebro”,⁴⁷ o que significa que a capacidade de aprendizagem dos algoritmos se desenvolve à medida em que têm acesso a dados relevantes⁴⁸ e que está em causa o desenvolvimento de sistemas autónomos capazes de aprender com dados de situações pretéritas e de tomar decisões autonomamente com base na análise desses mesmos dados – estes sistemas conseguem executar um número crescente de tarefas que no passado exigiam intervenção humana.^{49 50}

1.2 A Protecção dos Dados Pessoais na União Europeia

*In order to answer the challenges of big data we need to allow innovation and protect fundamental rights at the same time. To achieve this, the established principles of European data protection law should be preserved but applied in new ways.*⁵¹

A rápida evolução tecnológica e a globalização criaram, principalmente nas últimas duas décadas, novos desafios em matéria de protecção de dados pessoais, motivo pelo qual, em Janeiro de 2012, a CE apresentou uma proposta de Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD),⁵² com o objectivo de revogar a Directiva de Protecção de Dados (DPD),⁵³ uma vez que, apesar da validade dos seus objectivos e princípios, este instrumento “não permitiu evitar uma fragmentação na execução da protecção dos dados pessoais na União Europeia, bem como a insegurança jurídica e o sentimento generalizado na opinião pública de que subsistem riscos significativos, particularmente nas atividades *online*”.⁵⁴ Desta proposta resultou o RGPD, que procede a uma verdadeira harmonização legislativa (a criação de um *level playing field*) ao nível da protecção de dados pessoais na UE.

No âmbito da estratégia para o MUD,⁵⁵ a CE anunciou a revisão da Directiva relativa à Privacidade e às Comunicações Electrónicas (DPCE),⁵⁶ com o objectivo de proporcionar um nível elevado de protecção

⁴⁵ Para melhor compreensão do seu *modus operandi*, vide OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 4.

⁴⁶ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 16; Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 23.

⁴⁷ EDPS, «Towards a new digital ethics», *Opinion 4/2015*, 2015, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf.

⁴⁸ Ezrachi e Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 16.

⁴⁹ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 4.

⁵⁰ Veja-se, a título de exemplo, a funcionalidade de condução autónoma nos modelos Tesla e a promessa de Elon Musk no sentido de introduzir no mercado um carro completamente automático até ao final deste ano in Jimmy Wales, «Elon Musk will make driverless cars a reality sooner than you think», *Wired*, consultado em 18 de Julho de 2019, <http://www.wired.co.uk/article/fully-autonomous-cars-are-almost-here>.

⁵¹ EDPS, «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability», *Opinion 7/2015*, 16, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf.

⁵² Parlamento Europeu e Conselho, «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados», 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=en>.

⁵³ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁵⁴ Parlamento Europeu e Conselho, «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados».

⁵⁵ Comissão Europeia, «Comunicação da Comissão: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa».

da privacidade dos utilizadores de serviços de comunicações electrónicas e condições de concorrência equitativas para todos os intervenientes no mercado. Destarte, foi tornada pública, em Janeiro de 2017, a proposta de Regulamento sobre Privacidade e Comunicações Electrónicas (Regulamento *e-Privacy*), que constata que “os consumidores e as empresas dependem cada vez mais de novos serviços baseados na Internet que permitem comunicações interpessoais, tais como a voz sobre IP, mensagens instantâneas e serviços de correio eletrónico com base na *web*, em detrimento dos serviços de comunicações tradicionais” e reconhece que “estes serviços de comunicações suplementares através da Internet («OTT») não são, de um modo geral, abrangidos pelo atual quadro para as comunicações eletrónicas da União (...) daí resultando um vazio de proteção das comunicações transmitidas através de novos serviços”.⁵⁷

Esta proposta procede, assim, a significativas alterações ao nível das comunicações electrónicas,⁵⁸ e introduzirá novas regras para a protecção dos dados dos utilizadores no domínio do envio de comunicações comerciais (*marketing*) e na utilização de mecanismos electrónicos de rastreio da navegabilidade e comportamento *online* (*cookies*, *web beacons*, etc.). O Regulamento *e-Privacy* tem como objectivo complementar o RGPD, funcionando com uma *lex specialis* em relação a este, pormenorizando-o e completando-o no que diga respeito aos dados de comunicações electrónicas que sejam considerados dados pessoais (inclusive metadados).⁵⁹

Constituindo, até à data, o instrumento legislativo mais abrangente e progressista da era digital, o RGPD, apesar de ser o dispositivo orientador dos esforços europeus em matéria de protecção de dados, enfrenta grandes desafios, nomeadamente com a emergência do *Big Data*.^{60 61} O propósito geral da política de privacidade e protecção de dados da UE é proporcionar aos titulares direitos de controlo sobre as várias etapas do tratamento dos seus dados pessoais⁶² mas o célere desenvolvimento tecnológico associado ao *Big Data* está além da capacidade de compreensão do utilizador médio, o que reforça uma assimetria de poder e informação entre os responsáveis pelo tratamento dos dados e os respectivos titulares.

A ampla variedade de usos potenciados pela tecnologia *Big Analytics* levanta questões cruciais acerca da adequação e suficiência das normas legais, éticas e sociais vigentes para proteger os dados pessoais e a privacidade, entre outros valores.⁶³ Assim, o *Big Analytics* constitui uma “ameaça sombra” na medida

⁵⁶ Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

⁵⁷ «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações electrónicas», 2017, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=PT>.

⁵⁸ Aí entendidas como qualquer forma de comunicação realizada através da *Internet* - *emails* e aplicações -, inclusive pelos serviços de comunicação Over the Top (OTT), VoIP, a IdC e serviços de messaging e webmail, como o Skype, o WhatsApp, Facebook Messenger, Gmail, etc.

⁵⁹ Este conceito refere-se à informação retirada de dados enquanto fonte principal, i.e., “incluem os números ligados, os sítios *web* visitados, a localização geográfica, a hora, a data e duração da chamada, etc., permitindo tirar conclusões precisas relativas à vida privada das pessoas envolvidas na comunicação eletrónica, tais como as suas relações sociais, os seus hábitos e atividades da vida quotidiana, os seus interesses, gostos, etc.” cfr. considerando (2) de Parlamento Europeu e Conselho, «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações electrónicas».

⁶⁰ Janne Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law» (Hanken School of Economics, 2018), 10, disponível em <https://helda.helsinki.fi/dhanken/bitstream/handle/123456789/183220/tarkoma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; Buttarelli, «Keynote Speech», 2.

⁶¹ Reconhecendo, ainda em 2015, os desafios e riscos apresentados pelo *Big Data* e a necessidade de compatibilizar a inovação com o respeito pelos direitos fundamentais, EDPS, «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability», Opinion 7/2015, 4, disponível em https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf.

⁶² Cfr. considerando (68) do Parlamento Europeu e Conselho, «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)».

⁶³ Executive Office of the President, «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values», 5.

em que pode fazer sentir os seus efeitos “de forma desconcertante e surpreendente, porque o seu modo de funcionamento é desconhecido da maioria das pessoas” e porque, apesar de nem sempre envolver dados pessoais, “quando envolve, deve cumprir as regras e princípios da protecção de dados pessoais.”⁶⁴ Os indivíduos, enquanto titulares de dados pessoais, devem ser capazes de analisar a “caixa negra”⁶⁵ do *Big Analytics* para garantir que qualquer aplicação ou mecanismo de análise específico possa ser implementado com segurança e benefício para todos.

1.3 A importância jusconcorrencial do *Big Data* e a consideração da protecção de dados pessoais no âmbito do controlo de concentrações

*It's possible that in other cases, data could be an important factor in how a merger affects competition. A company might even buy up a rival just to get hold of its data, even though it hasn't yet managed to turn that data into money. We are therefore exploring whether we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. (...) So the future of big data is not just about technology. It's about things like data protection, consumer rights and competition. Things that give people confidence that big data won't harm them.*⁶⁶

*The ultimate purpose of the antitrust laws is to help ensure that the free market will bring to consumers everything they want from competition. This starts with competitive prices, of course, but consumers also want an optimal level of variety, innovation, quality, and other forms of non-price competition. Including privacy protection.*⁶⁷

As plataformas *online* com modelos de negócio baseados em *Big Data* assumem um papel fulcral na economia digital. As cinco empresas mais lucrativas do mundo são a Alphabet (Google), Amazon, Apple, Facebook e Microsoft.⁶⁸ Estas empresas cresceram exponencialmente devido à recolha massiva e (em alguns casos) à venda de dados pessoais dos seus utilizadores e, “juntas, recolhem o maior número de dados pessoais do mundo e seu modelo de negócios é desenvolvido para lucrar com isso.”⁶⁹ Perante o sucesso destas plataformas, registam-se relevantes falhas de mercado,⁷⁰ e os indivíduos parecem ter,

⁶⁴ Também acerca do desenvolvimento, no âmbito da AEPD, do conceito de *Big Data Protection*, Buttarelli, «Keynote Speech», 2; Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law», 22.

⁶⁵ Sobre o conceito de caixa negra (*black box*) e a importância da transparência, vide, por exemplo, Frank Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015).

⁶⁶ Margrethe Vestager, «Big Data and Competition», *EDPS-BEUC Conference on Big Data*, 29 de Setembro de 2016, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.

⁶⁷ Robert H. Lande, «The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern», University of Baltimore Legal Studies Research Paper No. 2008-06, 2008, 1.

⁶⁸ Ana Rita Santos Silva, «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services» (Tilburg University, 2017), 68.

⁶⁹ Silva, 68.

⁷⁰ “Do ponto de vista da política económica, podemos perguntar se os mercados digitais respondem às preferências de privacidade dos indivíduos ou se existem falhas de mercado que exijam soluções regulatórias. Especialmente os exemplos da Google e do Facebook (...) fizeram questionar se uma concorrência fraca poderia levar a uma recolha excessiva de dados e a uma provisão insuficiente de opções de privacidade para atender às diferentes preferências privadas dos utilizadores (...) um mercado que funcione bem ofereceria opções de privacidade mais diferenciadas (...) Outra questão é originada pela falta de transparência na recolha e utilização de dados, que não permite que os utilizadores tomem decisões racionais bem informadas em relação ao seu comportamento de privacidade na Internet, resultando em falhas de mercado devidas à assimetria informativa e a vieses comportamentais.” - Wolfgang Kerber, «Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection», Joint Discussion Paper Series in Economics (Marburg, 2016), 7-8.

mesmo com instrumentos como o RGPD, pouco controlo sobre os seus dados pessoais e não parecem beneficiar de uma concorrência efectiva.⁷¹

O relatório conjunto do *Bundeskartellamt* e da *Autorité de la Concurrence* sobre *Big Data* confirma que uma das primeiras estratégias para obtenção de dados é a aquisição ou fusão de empresas.⁷² A OCDE constatou que nos sectores relacionados com dados, “o número de fusões e aquisições (F&A) aumentou rapidamente de 55 em 2008 para quase 164 em 2012.”⁷³ A par desta tendência crescente no domínio das concentrações de *Big Data*,⁷⁴ assistimos também ao aumento dos montantes das operações.⁷⁵

Enquanto a rivalidade entre empresas e a pressão para manter uma vantagem ao nível dos dados podem ter efeitos pró-concorrenciais, na medida em que produzem inovações que beneficiam os consumidores e a empresa, os efeitos de rede e as economias de escala podem conferir poder de mercado e uma vantagem competitiva duradoura às empresas.⁷⁶

Com a operação Facebook/WhatsApp,⁷⁷ o debate entre a interacção entre a protecção de dados pessoais e o direito da concorrência⁷⁸ granjeou uma atenção renovada por parte da comunidade epistemológica do direito da concorrência, tornando-se um tópico em voga.

A concentração de *Big Data* sobre o comportamento de consumidores e a expansão da publicidade direccionada impõem aos titulares de dados pessoais custos significativos ao nível da perda de protecção dos mesmos. O preço efectivamente pago pelos utilizadores dos serviços de Internet vai muito além dos intervalos publicitários (veja-se o *Spotify*) ou dos *banners* e *pop-ups* que acompanham o resultado de qualquer pesquisa efectuada num motor de busca, uma vez que os dados pessoais e as pesquisas efectuadas são intensivamente analisados por ferramentas de *software* com vista à extracção do máximo de informações, o que resulta num grau preocupante de intromissão.⁷⁹

A introdução de uma dimensão de privacidade na política de concorrência não é, contudo, consensual.⁸⁰ Não obstante, é nossa convicção, na esteira de autores como Maurice E. Stucke, Allen P. Grunes, Ariel Ezrachi e Robert H. Lande, que, nas circunstâncias em que as violações ao nível da privacidade, mormente por via do decréscimo na qualidade dos produtos e serviços, ocorrem em resultado de uma conduta restritiva da concorrência, há uma legítima justificação para as autoridades de concorrência adoptarem a protecção de dados pessoais enquanto dimensão da análise jusconcorrencial. Quando as empresas concorrem em mercados digitais orientados por dados e os consumidores são negativamente afectados pelas condições de protecção dos dados pessoais que regem os tratamentos,

⁷¹ Francisco Costa-Cabral e Orla Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», *Common Market Law Review* 54, n. 1 (2017): 4, disponível em http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family_ties_the_intersection_between_Author_2016_LSERO.pdf.

⁷² Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 16.

⁷³ OECD, «Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being», 2015, 94, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

⁷⁴ Notando que esta estratégia permite à empresa incumbente reforçar a sua posição no mercado, enquanto elimina empresas concorrentes, Lina M. Khan, em «Amazon's Antitrust Paradox», *The Yale Law Journal* 126, n. 3 (2017): 785–86.

⁷⁵ Veja-se os casos da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, que analisaremos *infra*, no montante de 19 mil milhões de dólares, e da, mais recente, aquisição do LinkedIn pela Microsoft, por 26 mil milhões de dólares.

⁷⁶ Ocorrências enfatizadas pelo relatório conjunto das autoridades da concorrência alemã e francesa: Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 11–30.

⁷⁷ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp (2014).

⁷⁸ Que se iniciou e desenvolveu entre académicos e responsáveis pela elaboração de políticas de concorrência após o anúncio da aquisição da DoubleClick pela Google em 2007.

⁷⁹ OECD, «Big Data: Bringing competition policy to the digital era», *Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee*, 2016, 18, <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.

⁸⁰ Alguns autores acreditam que a política de concorrência deve ter como único objectivo a promoção da concorrência como meio de promover a alocação eficiente de recursos e que os demais interesses devem ser tratados nas respectivas sedes. *Vide*, a título de exemplo, D. Daniel Sokol e Roisin Comerford, «Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?», *George Mason Law Review* 23 (2016): 1129–61; Greg Sivinski, Alex Okuliar, e Lars Kjolbye, «Is big data a big deal? A competition law approach to big data», *European Competition Journal* 13, n. 2–3 (2017): 199–227; Tânia Luísa Faria, «Direito da concorrência e Big Data: Ponto de situação e perspectivas», *Revista de Concorrência e Regulação*, n. 29 (2017): 107–37.

estes dois ramos do direito intersectam-se e os objectivos comuns que perseguem deverão abrir caminho a uma coordenação de esforços que almeje analisar e responder de forma holística às questões que sejam suscitadas por qualquer operação.

O direito da protecção de dados pessoais e o direito da concorrência influenciam o exercício da actividade económica e procuram a valorização dos interesses dos consumidores, fazendo-o em pólos opostos do mesmo espectro – enquanto o primeiro visa “garantir e proteger a integridade dos processos de decisão relativos ao tratamento de dados pessoais,” o segundo “protege os consumidores contra o exercício ilegal de poder de mercado.”⁸¹ Ambas as áreas aspiram à integração do mercado interno. A protecção de dados, através da integração positiva, com o RGPD que impõe uma harmonização máxima, minimiza as divergências entre Estados-Membros e introduz uma dimensão de protecção de dados em todas as actividades que impliquem o tratamento de dados pessoais. O direito da concorrência procura, através da integração negativa, a eliminação de discriminações, restrições e obstáculos entre as empresas para assegurar um funcionamento eficaz do mercado. A defesa da concorrência é um elemento central no mercado interno e a compreensão das regras de concorrência “deve fazer-se à luz dos objectivos mais amplos prosseguidos pelos Tratados. (...) tal significa condenar práticas como contrárias às regras de concorrência do TFUE, ainda que as mesmas pudessem ser justificadas com fundamento em argumentos de concorrência.”⁸² Uma outra consequência da integração económica é a abertura da política de concorrência “a um conjunto de valores provenientes das diferentes dimensões dessa mesma integração.”⁸³

Há, por conseguinte, que “interpretar as leis para que sejam flexíveis o suficiente para traduzir as mudanças tecnológicas em *standards* no futuro, e para que sejam razoavelmente rígidas para serem efectivamente aplicadas no presente.”⁸⁴

Também a protecção do bem estar do consumidor é um objectivo comum da protecção de dados e do direito da concorrência.⁸⁵ Enquanto o *standard* do bem-estar do consumidor adoptado pela CE⁸⁶ determina que, por exemplo, na apreciação da circunstância de uma concentração ser ou não compatível com o mercado interno, o consumidor individual é a prioridade, o direito da protecção de dados pretende dar aos consumidores o controlo sobre os seus dados pessoais e garantir as liberdades fundamentais e as liberdades dos titulares dos dados pessoais. Distanciando-nos da discussão sobre o tipo de *standard*

⁸¹ Costa-Cabral e Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», 5.

⁸² Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência*, 2ª (Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018), 154.

⁸³ Silva, 156.

⁸⁴ Buttarelli, «Keynote Speech», 3.

⁸⁵ É importante, contudo, notar que “Diversos objectivos diferentes, além da maximização do bem-estar do consumidor no sentido técnico, podem ser atribuídos ao direito da concorrência” - Richard Whish e David Bailey, *Competition Law*, 7.ª ed. (New York: Oxford University Press, 2012), 20. Ariel Ezrachi, «Sponge», *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (2017): 52; “A política de concorrência em qualquer democracia com um pluralismo razoável não pode ser reduzida a um objectivo bem definido. Qualquer política de concorrência que pretenda promover o bem-estar deve equilibrar múltiplos objectivos de ordem política, social, moral e económica.” em Maurice E. Stucke, «Reconsidering Antitrust’s Goals», *Boston College Law Review* 53 (2011): 551.

⁸⁶ O *standard* do bem-estar do consumidor não é mencionado directamente nas disposições do Tratado da UE relativas ao direito da concorrência, mas consta de várias declarações explícitas que o caracterizam como objectivo final do direito da concorrência. Num discurso da ex-comissária da UE para o direito da concorrência, Neelie Kroes, menciona-se que “O bem-estar do consumidor está agora bem estabelecido enquanto norma que a Comissão aplica quando avalia as concentrações e as violações das regras do Tratado sobre cartéis e monopólios. O nosso objectivo é simples: proteger a concorrência nos mercados como forma de melhorar o bem-estar dos consumidores e garantir uma afectação eficiente de recursos.” Neelie Kroes, «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices (Speech at European Consumer and Competition Day)» (London, 2005), http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm. Em 2010, Joaquín Almunia, ex-comissário da UE para o direito da concorrência, também sublinha que “Todos aqui hoje sabemos muito bem qual é o nosso objectivo final: a política de concorrência é uma ferramenta ao serviço dos consumidores. O bem-estar do consumidor está no centro de nossa política e sua conquista impulsiona as nossas prioridades e orienta as nossas decisões.” Joaquín Almunia, «Competition and consumers: the future of EU competition policy (Speech at European Competition Day)» (Madrid, 2010).

de bem-estar aplicável na UE,⁸⁷ importa referir que “O bem-estar de um povo, como a felicidade de um homem, depende de muitas coisas que podem ser fornecidas numa variedade infinita de combinações. Não pode ser adequadamente expresso como um fim único, mas apenas como uma hierarquia de fins, uma escala abrangente de valores em que cada necessidade de cada pessoa tem o seu lugar.”⁸⁸

Há interesses que podem ser ponderados a par da eficiência económica, enquanto objectivo do direito da concorrência. É que “a lei de concorrência é uma construção social e deriva dos fundamentos e valores domésticos de cada jurisdição.”⁸⁹ Os conceitos jurídico-económicos têm uma “extrema elasticidade”⁹⁰ e devem ser aplicados aos casos concretos considerando a realidade que lhes é subjacente e “as convicções económicas e sociais em permanente mutação.”⁹¹ Aliás, as características porosas do direito da concorrência “tornam-no inerentemente predisposto a uma ampla gama de valores e considerações. O seu verdadeiro escopo e natureza não são puros nem adquiridos de uma realidade objectiva consistente, mas sim uma expressão complexa, e às vezes inconsistente, de muitos valores.”⁹² A legislação da concorrência nunca foi, nem será, isenta de valores normativos políticos, sociais e económicos.⁹³ Consequentemente, a política de concorrência não existe num vácuo, uma vez que é a expressão dos valores e objectivos actuais da sociedade e é tão susceptível à mudança quanto o pensamento político.⁹⁴

As autoridades de concorrência têm reconhecido a importância da qualidade enquanto característica concorrencial, especialmente quando o produto/serviço é gratuito.⁹⁵ Ao avaliar se uma potencial operação pode reduzir significativamente o bem-estar dos consumidores⁹⁶ com preferências mais exigentes ao nível da privacidade, as autoridades de concorrência poderão mesmo obstar à aquisição das poucas empresas que existem no mercado a prestar este tipo de serviços focados na protecção da privacidade.⁹⁷

Uma outra questão importante tem que ver com a circunstância de muitas empresas da economia digital não apresentarem um volume de negócios elevado, ou que reflecta a “sua posição no mercado,”⁹⁸ de forma a serem abrangidas pelos limiares da dimensão comunitária (actualmente, e doravante, dimensão europeia) definidos pelo RCUE. A actual Comissária Europeia para a Concorrência, Margrethe Vestager, reconheceu, num discurso proferido em Bruxelas, que “nem sempre é o volume de negócios que torna uma empresa um atractivo parceiro para uma fusão. Às vezes, o que importa são os seus activos. Podem ser uma base de clientes ou uma base de dados (...). Então, se olharmos apenas para o volume de negócios, podemos estar a perder operações importantes que devíamos apreciar”⁹⁹ e a CE

⁸⁷ Designadamente bem-estar total – enquanto excedente dos produtores e consumidores – ou bem estar do consumidor – enquanto excedente apenas do consumidor – desenvolvida por Roger D. Blair e D. Daniel Sokol, em «Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement», *Fordham Law Review* 81 (2013).

⁸⁸ Friedrich August von Hayek, *The Road to Serfdom: Text and Documents - The Definitive Edition* (The University of Chicago Press, 2007), 101.

⁸⁹ Ezrachi, «Sponge», 51.

⁹⁰ Silva, *Direito da Concorrência*, 33.

⁹¹ Silva, 33.

⁹² Ezrachi, «Sponge», 50.

⁹³ Oskar Törnigren, «Mergers in Big Data-driven Markets - Is the Dimension of Privacy and Protection of Personal Data Something to Consider in the Merger Review?» (Stockholm University, 2017), 58.

⁹⁴ Whish e Bailey, *Competition Law*, 20.

⁹⁵ Por exemplo, Comissão Europeia, Caso Comp/M.6281 - Microsoft/Skype, para. 81 (2011); Comissão Europeia, Caso Comp/M.5727 - Microsoft/Yahoo! Search Business, para. 18 (2010).

⁹⁶ Maurice E. Stucke, «Should Competition Law Promote Happiness?», *Fordham Law Review* 81 (2013): 2586–2601.

⁹⁷ Tais como o WhatsApp, já adquirido pelo Facebook, e o Duckduckgo, um motor de pesquisa que, ao contrário do Google, não recolhe ou partilha quaisquer informações pessoais, tais como o endereço IP, termos e histórico de pesquisa, eliminando a “pegada digital” do utilizador à saída.

⁹⁸ Faria, «Direito da concorrência e Big Data: Ponto de situação e perspetivas», 122.

⁹⁹ Margrethe Vestager, «Refining the EU Merger Control System», *Studienvereinigung Kartellrecht*, 10 de Março de 2016, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.

realizou uma consulta pública sobre a reforma do regime de controlo das concentrações da UE, orientado especificamente para a eficácia dos limiares baseados no volume de negócios nas indústrias digitais.¹⁰⁰

Entretanto, o *Bundeskartellamt* e o *Bundeswettbewerbsbehörde* introduziram nas respectivas legislações um limiar adicional com base no valor de operação,¹⁰¹ com o objectivo de eliminar a lacuna existente no domínio do controlo de concentrações. Este critério, que já existe desde 1976, embora com diferentes contornos, na legislação americana (o chamado *size-of-transaction-test*), parece oferecer uma resposta a este problema.¹⁰²

2. Os Mercados Multilaterais

*There's no such thing as a free lunch.*¹⁰³

2.1 Definição e características

As plataformas multilaterais facilitam tipicamente o encontro, a interação e a troca de valor entre os agentes, eliminando custos de transacção.¹⁰⁴ Estas plataformas “criam valor por aumentarem as probabilidades de os participantes encontrarem contrapartes que gerem valor por valor.”¹⁰⁵ Assim, vendem aos participantes de um dos lados o acesso aos participantes dos outros lados e, por conseguinte, os utilizadores são os principais *inputs* no fornecimento do serviço da plataforma.¹⁰⁶

Uma característica geralmente utilizada para descrever a multilateralidade é a necessidade de a empresa “colocar ambos os lados a bordo,”¹⁰⁷ o chamado *chicken-and-egg-problem*.¹⁰⁸ A plataforma tem de descobrir uma forma de atrair os dois lados de participantes e em número suficiente para dar valor a ambos.¹⁰⁹

O *chicken-and-egg-problem* pode ser resolvido pela definição de uma estrutura de preços. Ao determinar o preço de determinado lado da plataforma, a empresa considera até que ponto a presença desse lado atrai os participantes do outro lado. Se as elasticidades da procura e as dependências cruzadas entre a procura de cada grupo se alinharem correctamente, é possível que o preço de maximização de lucro para um dos produtos seja zero.¹¹⁰ Inicia-se assim uma subsidiação cruzada em

¹⁰⁰ Commission European, «Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control», 2016, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

¹⁰¹ Tendo já emitido orientações conjuntas, submetidas recentemente a consulta pública, para fornecer às empresas e juristas assistência sobre como interpretar as novas disposições legais, Bundeskartellamt e Bundeswettbewerbsbehörde, «Joint guidance on new transaction value threshold in German and Austrian merger control submitted for public consultation», 2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/14_05_2018_TAW.html.

¹⁰² Com sugestões alternativas mas, em nosso entender, menos práticas: “Given the importance of scale economies and network effects, a better metric would be the number of users together with an estimation of the size of the network effects” em Nicolai Van Gorp e Olga Batura, «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy» (Brussels, 2015), 60, disponível em http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf.

¹⁰³ Expressão, também designada pelo acrónimo TINSTAFL, popularizada por Milton Friedman no seu livro *There's No Such Thing as a Free Lunch* (Open Court Publishing Company, 1975).

¹⁰⁴ David Evans e Richard Schmalensee, «Ignoring Two-Sided Business Reality can Hurt Plaintiffs», *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018): 48.

¹⁰⁵ David S. Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper*, n. 753 (2016): 6.

¹⁰⁶ Evans, 8.

¹⁰⁷ David S. Evans, «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», *Yale Journal on Regulation* 20, n. 2 (2003): 325; Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, «Two-Sided Markets: A Progress Report», *The RAND Journal of Economics* 37, n. 3 (2006): 990.

¹⁰⁸ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 7.

¹⁰⁹ Vide um exemplo prático com o modelo de negócio dos centros comerciais (plataformas que unem os clientes às lojas) em Inge Graef, «Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms» (Katholieke Universiteit Leuven, 2016), 31.

¹¹⁰ David S. Evans, «The Antitrust Economics of Free», *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555 (2011): 8.

que a perda de receita do lado dos utilizadores é compensada pela cobrança acima dos custos marginais do lado dos anunciantes.¹¹¹

É que, ao contrário dos preços nos mercados unilaterais, o preço óptimo de um lado específico de uma plataforma multilateral não acompanha o respectivo custo marginal.¹¹² De acordo com a regra de preços de Ramsey,¹¹³ a melhor estratégia é cobrar um preço mais elevado ao lado de participantes que tem uma procura mais inelástica e que é, portanto, menos sensível ao preço do que o outro lado da plataforma. Assim, uma vez que os utilizadores de uma plataforma *online* são mais sensíveis ao preço e a sua participação atrai um número elevado de anunciantes do outro lado, que são relativamente inelásticos em relação ao preço, o lado dos utilizadores será subsidiado.¹¹⁴

Presentes nestas plataformas estão efeitos de rede indirectos positivos e efeitos de *feedback* positivo. Os efeitos de *feedback* positivos impulsionam o crescimento da plataforma e os efeitos de rede indirectos positivos dão às plataformas de maior dimensão vantagens económicas.¹¹⁵ Assim, estes modelos de negócio são frequentemente caracterizados por efeitos de rede potenciados pelos dados que permitem melhorar a qualidade do produto ou do serviço. Por um lado, o *feedback loop* ao nível dos utilizadores permite que uma empresa com uma vasta base de utilizadores seja capaz de recolher mais dados para aperfeiçoar os seus serviços e, assim, atrair mais utilizadores. Por outro, com o *feedback loop* da monetização, as empresas têm capacidade para explorar mais dados de utilizadores para refinar a segmentação de anúncios e, assim, obter receita para investir na qualidade dos serviços e, mais uma vez, atrair mais utilizadores.

2.2 Plataformas online

Os dados pessoais dos clientes, como vimos, são activos valiosos para qualquer actividade económica, mas apresentam ainda mais valor para empresas *online*, cujo modelo de negócio assenta na sua massiva aquisição e monetização.¹¹⁶ Nas plataformas multilaterais as empresas oferecem gratuitamente aos utilizadores tecnologia, serviços e produtos com o objectivo de adquirir mais dados que são valiosos para auxiliar a actividade dos anunciantes para atingir um público-alvo.¹¹⁷ Isto é, “a maioria das empresas cobra um preço de zero porque isso lhes permite fazer mais dinheiro do que se cobrasse um preço positivo. Cobrar nada por um produto ou serviço permite-lhes que ganhem dinheiro, de outra forma, noutro lugar.”¹¹⁸ Enquanto plataforma multilateral, “o Facebook recolhe informações e disponibiliza conteúdos produzidos pelos seus utilizadores” e, por outro lado, “faculta alguma desta informação aos anunciantes que, através de segmentação, atingem os utilizadores com campanhas publicitárias”, sendo que “os anunciantes podem especificar os tipos de utilizadores que desejam alcançar com base nas

¹¹¹ Bernard Caillaud e Bruno Jullien, «Chicken & egg: competition among intermediation service providers», *RAND Journal of Economics* 34, n. 2 (2003): 310. Os autores referem-se à natureza *divide-and-conquer* das estratégias de preços, que consiste em subsidiar a participação de um lado (dividir) e recuperar a perda no outro lado (conquistar).

¹¹² Evans, «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets», 328.

¹¹³ Adaptada às plataformas multilaterais por Rochet e Tirole, em «Platform Competition in Two-Sided Markets», 991.

¹¹⁴ Marc Rysman, «The Economics of Two-Sided Markets», *Journal of Economic Perspectives* 23, n. 3 (2009): 130.

¹¹⁵ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 7.

¹¹⁶ Inge Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», *World Competition: Law and Economics Review* 38, n. 4 (2015): 475, <https://ssrn.com/abstract=2657732>.

¹¹⁷ Maurice E. Stucke e Allen P. Grunes, «No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data», *The Antitrust Source* April (2015): 3.

¹¹⁸ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 4.

informações que estes escolhem partilhar.”¹¹⁹ A receita de empresas como o Facebook advém quase exclusivamente da publicidade.¹²⁰

Nos mercados com efeitos de rede potenciados pelos dados, como as redes sociais, a plataforma não só gera receita potencial quando, por exemplo, o utilizador clica nos anúncios patrocinados, como os dados desse utilizador ajudam a melhorar a qualidade do produto, o que aumenta a sua atractividade para futuros utilizadores e anunciantes. Como resultado desses efeitos de rede potenciados pelos dados, os utilizadores podem tornar-se dependentes da plataforma dominante, embora prefiram um modelo de plataforma diferente.¹²¹

2.3 Gratuidade e Direito da Concorrência

*Unlike the position that exists in the physical sciences, in economics and other disciplines that deal with essentially complex phenomena, the aspects of the events to be accounted for about which we can get quantitative data are necessarily limited and may not include the important ones. While in the physical sciences it is generally assumed, probably with good reason, that any important factor which determines the observed events will itself be directly observable and measurable, in the study of such complex phenomena as the market, which depend on the actions of many individuals, all the circumstances which will determine the outcome of a process (...), will hardly ever be fully known or measurable. And while in the physical sciences the investigator will be able to measure what, on the basis of a prima facie theory, he thinks important, in the social sciences often that is treated as important which happens to be accessible to measurement. This is sometimes carried to the point where it is demanded that our theories must be formulated in such terms that they refer only to measurable magnitudes.*¹²²

As motivações que subjazem à tese dos autores que defendem a inaplicabilidade do direito da concorrência às situações em que os serviços/produtos são gratuitos¹²³ têm na sua base o preço. Muitos operadores de negócios multilaterais concorrem, no lado gratuito do mercado, em muitos parâmetros não relacionados com o preço, tais como a qualidade do serviço e, cada vez mais, na quantidade de dados recolhidos relativamente aos utilizadores.¹²⁴ Portanto, parece claro que a qualidade e a quantidade dos recursos ao nível dos dados determinam cada vez mais a força concorrencial das empresas que operam nestes mercados.¹²⁵

¹¹⁹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 38.

¹²⁰ "(...) através do fornecimento de serviços gratuitos, essas empresas competem pela atenção e lealdade de indivíduos cuja utilização desses serviços gerará dados pessoais de alto valor comercial." EDPS, «Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy», *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor*, 2014, 10, disponível para consulta em: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

¹²¹ OECD, «Big Data: Bringing competition policy to the digital era», 11.

¹²² Discurso de Friedrich August von Hayek aquando da recepção do prémio Nobel da Economia, «Prize Lecture - The Pretence of Knowledge», *Nobelprize.org*, 11 de Dezembro de 1974, disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-lecture.html.

¹²³ Vide, por exemplo, na doutrina nacional, Miguel Sousa Ferro, «"Ceci n'est pas un marché": Gratuity and competition law», *Concurrences* 1 (2015); Miguel Sousa Ferro, «De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services», *The Competition Law Review* 12, n. 2 (2017): 153–70.

¹²⁴ Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 27.

¹²⁵ Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 473.

Embora reconheçamos que seja conveniente para os economistas centrarem-se na análise dos preços nos modelos económicos de comportamento empresarial, “é geralmente entendido que os preços nesses modelos incluem todas as dimensões da concorrência não relacionadas com o preço, incluindo as diferenças ao nível da qualidade. Embora uma concentração não afecte a oferta de um produto gratuito, ela pode afectar dimensões não relacionadas com o preço, tais como os atributos do produto, do serviço e a inovação (...).”¹²⁶

O facto de o serviço ser gratuito não é, contudo, completamente irrelevante do ponto de vista concorrencial. Um preço zero faz erguer uma *red flag* que sinaliza que o modelo e a análise *standard* da concorrência não se aplicarão *tout court*, uma vez que provavelmente a análise concorrencial terá de considerar os outros serviços prestados pela empresa que, de facto, subsidiam a oferta de serviços gratuitos.¹²⁷ A gratuidade também implica algum cuidado na aplicação das ferramentas de análise económica. A análise concorrencial convencional é assente na premissa de que os preços tendem a igualar os custos marginais de produção em mercados concorrenciais e que os desvios aos preços de custo marginais indicam poder de mercado. Ora, “quando uma empresa vende um produto que é geralmente gratuito, pode não estar a actuar no tipo de mercados descritos em modelos elementares. Provavelmente perde dinheiro nesse produto (assumindo, como é normalmente o caso, que custa alguma coisa produzir o produto) e, se assim for, deverá estar a vender um produto gémeo a um preço superior ao custo marginal – porque só ao fazer lucro num outro bem pode sustentar a perda decorrente da oferta de um bem gratuito.”¹²⁸

2.4 Definição de mercado relevante

O fito da definição de mercado relevante e da análise do poder de mercado consiste em entender as restrições concorrenciais que podem limitar a capacidade de uma empresa adoptar comportamentos que prejudiquem os consumidores. Como vimos, nas plataformas multilaterais “o facto de um serviço ser gratuito geralmente indica que há um produto complementar e que a economia desses produtos está inextricavelmente ligada. Uma empresa que tenha como objectivo a maximização do lucro não presta serviços gratuitos, a menos que a ajude a fazer dinheiro noutro lado.”¹²⁹ Estas características levantam problemas ao nível da definição do mercado relevante.¹³⁰

Nos mercados multilaterais a concorrência ocorre no lado gratuito do mercado, ao nível dos parâmetros não baseados no preço (tais como a qualidade, que abrange a protecção de dados), no lado pago do mercado, ao nível do preço (como é o caso da publicidade) e, ainda, entre as empresas que recolhem dados enquanto um *input* valioso em diferentes mercados.¹³¹ Uma análise jusconcorrencial completa implica, portanto, uma apreciação holística de todas estas dimensões.

Os economistas tipicamente assumem que a procura de um produto depende do respectivo preço, do preço dos produtos substitutos e do preço dos produtos complementares. A maioria das teorias económicas utilizadas na análise concorrencial, como aquelas que envolvem preços predatórios, e ferramentas económicas, como o teste denominado *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*

¹²⁶ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 13.

¹²⁷ Evans, 17.

¹²⁸ Evans, 18.

¹²⁹ Evans, 18.

¹³⁰ Bundeskartellamt e Concurrence, «Competition Law and Data», 27.

¹³¹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 116.

(SSNIP), baseiam-se nesse modelo de procura do produto.¹³² Estes factores são relevantes para considerar a procura de produtos e serviços fornecidos por plataformas multilaterais, mas não incluem o factor mais crítico que alicia a procura destas plataformas: é que a procura dos participantes de um dos lados depende largamente da existência de outro grupo de participantes. “Para que não se revelem matematicamente errados e inviáveis, os modelos e ferramentas económicas devem considerar a procura interdependente e todos os lados da plataforma. O facto de a procura dos vários lados da plataforma ser interdependente também significa que qualquer análise que se foque apenas num grupo de participantes isoladamente não é correcta.”¹³³ A apreciação concorrencial cabal deverá analisar a plataforma como um todo, tendo em consideração estas interdependências, o que requer o tratamento global da plataforma ou, pelo menos, a ponderação cuidada das interdependências entre os grupos.¹³⁴ No contexto dos mercados digitais esta abordagem implicaria “analisar o mercado relevante em relação ao financiamento do prestador do serviço (...) e significaria a importância da publicidade como a base de muitos intermediários *online*. Por outras palavras, o mercado relevante consistiria num mercado de dados pessoais monetizado através de publicidade *online*.”¹³⁵

Quer o modelo tradicional de definição de mercado (através do teste SSNIP) quer a apreciação de poder de mercado (aumento de preços de forma lucrativa) não fazem sentido económico ou comercial no caso do lado gratuito de uma plataforma multilateral. Como ensina David Evans: “Os preços zero resultam em enigmas e confusão na análise concorrencial. O teste SSNIP torna-se inoperável quando o preço é zero. Não há maneira de analisar um aumento de 5% no preço zero - 5% do zero continua a ser zero.”¹³⁶ “Não se pode conduzir um aumento percentual hipotético no preço porque 5% do nada é nada, e porque a natureza do produto pode ser tal que o monopolista hipotético poderia continuar a entender que o preço zero gerava a maximização do lucro.”¹³⁷ Quanto ao poder de mercado, “poderia envolver (...) mais provavelmente um decréscimo na qualidade (...).”¹³⁸ Esta circunstância realça a importância da qualidade. Como vimos, as plataformas *online* não concorrem com base no preço, portanto, para avaliar o poder de mercado, poderá ser necessário ponderar até que ponto uma menor oferta de qualidade poderia desviar a atenção para outras plataformas *online* (através de um teste SSNDQ - *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality*).¹³⁹ Na prática, “a análise do poder de mercado para mercados *online* pode considerar possibilidades de substituição considerando-se um aumento pequeno, mas significativo, do preço ou uma redução pequena, mas significativa, da qualidade”¹⁴⁰ a par, naturalmente, com factores como as barreiras à entrada, custos de transição e efeitos de rede.

¹³² Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 23.

¹³³ Evans, 24.

¹³⁴ Sebastian Wismer e Arno Rasek, «Market definition in multi-sided market: Hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets», 2017, in 4, disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)33/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En).

¹³⁵ Tarkoma, «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law», 35–36.

¹³⁶ Evans, «The Antitrust Economics of Free», 14.

¹³⁷ Evans, 22.

¹³⁸ “Se esse decréscimo na qualidade é lucrativo ou não depende da medida em que diminuiria a atractividade da plataforma para os anunciantes. Uma plataforma poderia considerar reduzir os seus gastos em melhorias de qualidade em 1 milhão de dólares. Se isso é lucrativo depende se a qualidade inferior reduziria a quantidade de publicidade em menos de US \$ 1 milhão” em Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 25.

¹³⁹ A aplicação de ferramentas quantitativas para definição de mercado que se concentram principalmente nos efeitos da qualidade não é pacífica. “O teste SSNDQ é apontado como um meio pelo qual um foco quantitativo na qualidade pode ser realizado em relação à definição do mercado. O teste mede o impacto de uma “pequena, mas significativa, diminuição não transitória da qualidade” de forma equivalente à avaliação do teste SSNIP de aumentos de preços. O teste SSNDQ enfrenta críticas de que, no caso concreto, é impraticável, atentas as dificuldades inerentes de medir a qualidade juntamente com as complicações existentes da aplicação do próprio teste SSNIP em situações reais de mercado” em OECD, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 2013, 29, <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.

¹⁴⁰ Evans, «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms», 26.

A avaliação da qualidade ainda apresenta alguns desafios, uma vez que é difícil de medição objectiva mas “a solução não pode, nem deve, passar por não abordar esses mercados, sob pena de se criarem padrões duplos de análise em que as empresas que cobram aos seus utilizadores são verdadeiramente escrutinadas pelas autoridades de concorrência e as que oferecem os seus serviços são sujeitas a uma abordagem leniente,”¹⁴¹ se forem sujeitas a uma apreciação de todo. Da mesma forma que a existência de um serviço gratuito, aquando da análise de uma operação de concentração, por exemplo, deve sinalizar às autoridades de concorrência a necessidade de compreender as “forças de mercado de que resulta a oferta de serviços interdependentes e a decisão de oferecer apenas um deles.”¹⁴²

3. Facebook/WhatsApp – Análise da decisão da CE no caso M.7217

Esta transacção, no valor de 19 mil milhões de dólares, foi considerada uma concentração na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do RCUE, i.e., uma aquisição de controlo, não tendo, no entanto, atingido a necessária dimensão europeia, porquanto os limiares quantitativos previstos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1.º do RCUE não foram atingidos, atento o diminuto volume de negócios apresentado pelo WhatsApp no ano transacto à operação (de aproximadamente 10 milhões de dólares).¹⁴³ Contudo, uma vez que a operação consistia numa concentração e era passível de apreciação por parte das autoridades de concorrência de, pelo menos, três Estados-Membros, o Facebook, ao abrigo do mecanismo do *one-stop shop* previsto no n.º 5 do artigo 4.º do RCUE, endereçou à CE um memorando fundamentado que, não tendo sido objecto de desacordo por nenhum dos Estados-Membros competentes para a respectiva apreciação, acabou por firmar a dimensão europeia necessária para a apreciação da operação pela CE.

A CE determinou como mercados relevantes nesta operação (i) o mercado das aplicações de comunicações entre consumidores para *smartphones*¹⁴⁴ – mercado do produto – pelo menos no Espaço Económico Europeu (EEE), senão no mundo¹⁴⁵ – mercado geográfico –, (ii) o mercado dos serviços de redes sociais (cujas delimitações exactas, em particular se as aplicações Facebook Messenger e WhatsApp se enquadravam no âmbito de tal mercado, foram deixadas em aberto, uma vez que a operação não suscitou dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno, em qualquer definição alternativa de mercado)¹⁴⁶ – mercado do produto – pelo menos no EEE, senão no mundo¹⁴⁷ – mercado geográfico – e (iii) o mercado dos serviços de publicidade *online*¹⁴⁸ – mercado do produto – definindo o mercado geográfico como sendo de âmbito nacional ou acompanhando as fronteiras linguísticas dentro do EEE.¹⁴⁹

¹⁴¹ Silva, «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services», 69.

¹⁴² Evans, «The Antitrust Economics of Free», 26.

¹⁴³ Eleonora Ocello, Cristina Sjödin, e Anatoly Subočs, «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», *Competition Merger Brief 1/2015*, n. 1–7 (2015): 1, disponível em http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf.

¹⁴⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 34 (2014).

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 44.

¹⁴⁶ *Ibid.*, para. 62.

¹⁴⁷ *Ibid.*, para. 68.

¹⁴⁸ *Ibid.*, para. 79.

¹⁴⁹ *Ibid.*, para. 83.

3.1 Mercado das aplicações de comunicações entre consumidores para *smartphones*

3.1.1 Concorrência ao nível da privacidade

As partes desta operação eram ambas operadoras de aplicações de serviços de comunicação entre consumidores (troca de mensagens) para *smartphones*. À data da apreciação da concentração, a aplicação Facebook Messenger contava com cerca de 300 milhões de utilizadores (de entre os 1.3 mil milhões de utilizadores da rede social Facebook) e o WhatsApp com aproximadamente 600 milhões de utilizadores, ambos a nível mundial.¹⁵⁰ A CE desconsiderou a análise às quotas de mercado por entender que, num contexto dinâmico, estas não são necessariamente indicativas de poder de mercado e, portanto, de um dano duradouro para a concorrência. Esta conclusão é baseada no facto de o sector de comunicações entre consumidores ser de rápido crescimento, caracterizado por entradas frequentes no mercado e ciclos curtos de inovação em que as quotas de mercado elevadas podem ser efémeras.¹⁵¹

Nesta operação, a privacidade era uma importante faceta da concorrência não baseada no preço. Antes da concentração os consumidores podiam escolher entre duas aplicações de comunicações entre consumidores com bastante popularidade e diferentes opções de privacidade. É que, ao contrário do Facebook Messenger, o WhatsApp, apesar de cobrar uma taxa de subscrição em alguns Estados-Membros,¹⁵² oferecia segurança, através da criptografia ponta-a-ponta de todas as comunicações efectuadas,¹⁵³ não vendia espaço publicitário, não guardava as comunicações trocadas nos seus servidores nem recolhia grandes quantidades de dados pessoais dos seus utilizadores através da sua aplicação.¹⁵⁴ Já a utilização da aplicação de mensagens do Facebook era gratuita mas implicava a recolha de uma miríade de dados pessoais (e metadados)¹⁵⁵ dos seus utilizadores para, entre outras finalidades, lhes dirigir publicidade segmentada,¹⁵⁶ e apresentava diversas fragilidades relativas à segurança da informação.¹⁵⁷

A CE identifica a privacidade e a segurança enquanto parâmetros chave da concorrência não baseada no preço, “cuja importância varia de utilizador para utilizador, mas que são cada vez mais valorizadas, como demonstra a introdução de aplicações de comunicações que atendem especificamente a questões de privacidade e segurança (...),”¹⁵⁸ no mercado dos serviços de comunicações entre consumidores mas,

¹⁵⁰ Ibid, para. 84.

¹⁵¹ Ibid, para. 99.

¹⁵² Ibid, para. 42.

¹⁵³ “A privacidade e a segurança estão no nosso DNA, é por isso que temos criptografia de ponta-a-ponta. Quando criptografadas de ponta-a-ponta, as suas mensagens, fotos, vídeos, mensagens de voz, actualizações de *status*, documentos e ligações estão seguras e não cairão em mãos erradas” em WhatsApp, «Perguntas Frequentes», disponível em https://faq.whatsapp.com/pt_br/android/28030015/.

¹⁵⁴ “O WhatsApp não recolhe nomes, e-mails, endereços ou outras informações de contacto da lista de endereços ou listas de contactos dos seus utilizadores, além dos números de telemóvel” em WhatsApp, «Política de privacidade do WhatsApp», 2012, disponível em <https://www.whatsapp.com/legal?doc=privacy-policy&version=20120707>.

¹⁵⁵ Sem quaisquer preocupações ao nível da privacidade e da protecção dos mesmos: “O sistema de mensagens do Facebook é conhecido pelas suas extensas práticas de recolha de dados. Quando o Facebook reformulou o seu sistema de mensagens, em novembro de 2010, subscreveu automaticamente todos os utilizadores do Facebook e desactivou a possibilidade de apagar mensagens individuais. Sem o consentimento dos utilizadores, o novo sistema de mensagens também extraiu dados do gráfico social do Facebook para dar prioridade a mensagens de determinados utilizadores. Actualmente, mesmo quando os utilizadores apagam uma mensagem, ela permanece armazenada nos servidores do Facebook. No final de 2013, a *Slate* denunciou que, mesmo quando um utilizador opta por não enviar uma mensagem, o Facebook monitoriza o que este escreveu” em Electronic Privacy Information Center, «In re: WhatsApp», 2014, disponível em <https://epic.org/privacy/internet/ftc/WhatsApp/>.

¹⁵⁶ “Utilizamos as informações que temos sobre si, incluindo informações sobre os seus interesses, acções e conexões, para seleccionar e personalizar anúncios, ofertas e outros conteúdos patrocinados que lhe mostramos” em Facebook, «Política de Privacidade do Facebook», 2013, consultado em 13 de Julho de 2019, <https://www.facebook.com/about/privacy>.

¹⁵⁷ Vide, por exemplo, Gerry Shih, «Facebook admits year-long data breach exposed 6 million users», *Reuters*, 2013, consultado em 25 de Junho de 2019, <https://www.reuters.com/article/net-us-facebook-security/facebook-admits-year-long-data-breach-exposed-6-million-users-idUSBRE95K18Y20130621>.

¹⁵⁸ Ibid, para. 87.

curiosamente, só as considera na análise do impacto da concentração no mercado dos serviços de publicidade *online*, perante a possibilidade de introdução de publicidade direccionada no WhatsApp.¹⁵⁹

Surpreendentemente, as diferenças nas políticas de privacidade e protecção de dados do Facebook e do WhatsApp foram utilizadas pela CE como um dos meios de prova de que estas empresas não seriam concorrentes próximas¹⁶⁰ e que “os únicos factores com base nos quais o WhatsApp e o Facebook Messenger foram considerados concorrentes próximos (...) são as funcionalidades de comunicação oferecidas e a dimensão das respectivas redes.”¹⁶¹

O WhatsApp e o Facebook Messenger eram, à data da operação, as duas principais aplicações de comunicações entre consumidores utilizadas simultaneamente pela maioria dos consumidores na UE.¹⁶² Estas aplicações ofereciam funcionalidades semelhantes, sendo que o Facebook Messenger se encontrava integrado na rede social Facebook e muitos dos utilizadores do Facebook optaram por uma aplicação que lhes permitia trocar mensagens de forma segura e com uma protecção de privacidade substancialmente superior àquela oferecida pelo Facebook Messenger,¹⁶³ o que, do ponto de vista da CE, indica “uma complementaridade na utilização das duas aplicações, em vez de uma concorrência próxima.”¹⁶⁴

Ora, se a privacidade é um parâmetro de concorrência, não será a dissemelhança das políticas de privacidade e protecção de dados uma forma de manifestação dessa mesma concorrência?

Há quem defenda que as políticas de privacidade são relevantes em sede de controlo de concentrações apenas e quando “as empresas que se fundem são rivais importantes devido à sua concorrência na privacidade; uma grande parte dos consumidores considera que as partes na concentração oferecem os melhores produtos em resultado das suas definições de privacidade (...)”¹⁶⁵ e que operações de concentração como a do “Facebook/WhatsApp – em que a preocupação era que o Facebook alterasse a política de privacidade do WhatsApp para aplicar a sua – são as menos propensas a levantar problemas de efeitos unilaterais em relação à perda da concorrência ao nível da privacidade.”¹⁶⁶ Esta heurística, seguida pela CE nesta decisão, apresenta algumas fragilidades nas situações em que a protecção da privacidade é um parâmetro relevante da concorrência. As dissemelhanças nas opções de tratamento de dados constituem precisamente a característica concorrencial crucial e mais significativa entre estas empresas.¹⁶⁷

O Facebook e o WhatsApp não eram aplicações complementares, no sentido em que o aumento da procura de uma aumentava a procura da outra. A concorrência ao nível da privacidade é mais sequencial do que simultânea,¹⁶⁸ o que significa que pode ocorrer por dissemelhança porquanto a adopção de determinada tecnologia ou política de privacidade por parte de uma empresa, que seja considerada atractiva pelos consumidores, causa um efeito mimético nos concorrentes. As diferentes opções de privacidade oferecidas pelas aplicações existentes no mercado indicam que os consumidores valorizam a protecção dos seus dados e que, de uma perspectiva económica, a privacidade é uma dimensão na qual

¹⁵⁹ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 174 (2014).

¹⁶⁰ Ibid, para. 102-107.

¹⁶¹ Ibid, para. 103.

¹⁶² Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 105 (2014).

¹⁶³ O que originou uma sobreposição significativa entre a rede de utilizadores do WhatsApp e do Facebook, cfr. Ibid, para. 104 e 140.

¹⁶⁴ Ibid, para. 104.

¹⁶⁵ Darren S. Tucker, «The Proper Role of Privacy in Merger Review», *CPI Antitrust Chronicle* 2 (2015): 5.

¹⁶⁶ Tucker, 6.

¹⁶⁷ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 131.

¹⁶⁸ Samson Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», Research Paper Series, 2017, 2, 3, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3039440.

aquelas concorrem: “os serviços envolvidos na concorrência [ao nível da privacidade] acreditam que podem atrair mais utilizadores oferecendo mais protecção, o que, pelo menos em algum nível, indica que os consumidores preferem mais privacidade a menos.”¹⁶⁹

Se a concorrência ao nível da privacidade pode ter lugar através do desenvolvimento ou implementação de tecnologias *privacy friendly*, i.e., uma forma de concorrência na inovação, então a circunstância de o WhatsApp oferecer criptografia de ponta-a-ponta funcionava como uma importante pressão concorrencial sobre o Facebook para que este concorresse ao nível das tecnologias de protecção da privacidade.¹⁷⁰ Sem a pressão concorrencial do WhatsApp, o Facebook deixou de ter incentivos para concorrer nesse domínio e pode mesmo ter neutralizado a componente inovadora do WhatsApp ao nível do aperfeiçoamento das condições de privacidade e tratamento de dados pessoais.¹⁷¹

Por conseguinte, a CE subestimou a importante pressão concorrencial exercida pelo WhatsApp sobre o Facebook e deveria ter investigado o impacto da concentração nos incentivos das partes no domínio da concorrência ao nível da privacidade e protecção de dados no mercado dos serviços de aplicações de comunicações entre consumidores. Por outro lado, a CE desvalorizou a pressão concorrencial exercida pelo Facebook sobre o WhatsApp. É que se a privacidade é um parâmetro de concorrência para uma empresa como o WhatsApp, então a existência de uma empresa já estabelecida no mercado, como o Facebook, com uma política de privacidade diferente, pode disciplinar o posicionamento daquela no que à privacidade diz respeito.¹⁷²

Principalmente porque o WhatsApp, para aliciar os utilizadores da rede social Facebook a mudar de aplicação de comunicações entre consumidores, distinguiu-se e ofereceu maior segurança às comunicações e uma política *privacy friendly*.¹⁷³ Assim, a existência de uma empresa incumbente pode servir de pressão concorrencial uma vez que qualquer alteração que reduza a protecção da privacidade e dos dados pessoais pode causar a perda da vantagem competitiva relativamente a esta.

A CE apurou que entre 80% a 90% dos utilizadores do WhatsApp eram simultaneamente utilizadores da rede social Facebook e que, por isso, “já estavam ao alcance do Facebook Messenger”,¹⁷⁴ uma aplicação que oferecia uma experiência mais rica aos utilizadores atenta a integração com os aspectos fulcrais da rede social Facebook,¹⁷⁵ cuja utilização era gratuita, ao contrário do WhatsApp, que à data da operação cobrava um valor de subscrição em alguns Estados-Membros.¹⁷⁶ O que significa que, *ceteris paribus*, seria expectável que o Facebook Messenger fosse mais atractivo para os utilizadores que o WhatsApp. Contudo, de acordo com os dados da CE, o WhatsApp contava com mais utilizadores (aproximadamente 600 milhões) que o Facebook Messenger (cerca de 300 milhões).

O WhatsApp, para atrair utilizadores e impedir que estes utilizassem a aplicação da empresa incumbente, teve de inovar e oferecer algo que o Facebook não oferecia, tendo elegido a segurança e privacidade.¹⁷⁷ Parece, então, que o posicionamento do WhatsApp quanto à privacidade e protecção de

¹⁶⁹ Richard Waehrer, «Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions», 2016, 9, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701927.

¹⁷⁰ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 4.

¹⁷¹ Costa-Cabral e Lynskey, «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law», 21. Aliás, a alteração da política de privacidade do WhatsApp, permitindo a partilha de dados pessoais dos seus utilizadores com o Facebook, constitui uma manifestação da eliminação dessa pressão concorrencial ao nível da privacidade.

¹⁷² Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 5.

¹⁷³ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 132.

¹⁷⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 140 (2014).

¹⁷⁵ *Ibid*, para 102.

¹⁷⁶ *Ibid*, para. 42.

¹⁷⁷ É que, como vimos *supra*, ao contrário do Facebook, o WhatsApp só recolhe os dados estritamente necessários para a execução do serviço de comunicações entre consumidores e não tem publicidade direccionada. Em contraste, a recolha de dados pessoais dos

dados dos seus utilizadores foi o elemento disruptivo que lhe conferiu uma vantagem competitiva sobre o Facebook Messenger.¹⁷⁸ O WhatsApp apresentou-se como uma alternativa clara ao Facebook Messenger no que ao tratamento de dados pessoais diz respeito, oferecendo aos utilizadores uma experiência livre de anúncios e uma segurança e protecção superiores e, ao fazê-lo, demonstrou ser a empresa dissidente e inovadora (*maverick*) que perturbou o “equilíbrio disfuncional”¹⁷⁹ que beneficiava o Facebook Messenger e as demais aplicações de troca de mensagens que optaram por um modelo que valoriza a publicidade comportamental em detrimento da privacidade dos seus utilizadores.¹⁸⁰

A preocupação concorrencial do WhatsApp, se este decidisse alterar a sua política de privacidade, não seria apenas uma migração “dos seus utilizadores para aplicações com políticas de privacidade similares, o que poderia não acontecer por causa da dimensão das redes, mas também a perda da sua vantagem competitiva sobre o Facebook.”¹⁸¹ Se assim fosse, uma possível explicação para a degradação da política de privacidade do WhatsApp seria a eliminação, em resultado da operação de concentração, da pressão concorrencial que o Facebook exercia sobre o WhatsApp, isto porque a entidade resultante da operação de concentração pode agora recuperar parte da perda de utilizadores devido à degradação da privacidade oferecida pelo WhatsApp através de um aumento na utilização do Facebook Messenger.¹⁸² Por conseguinte, a CE poderia ter, ainda, investigado a possibilidade de o Facebook degradar as condições de privacidade do WhatsApp após a concentração e, em caso afirmativo, se os utilizadores com preocupações ao nível da privacidade teriam substitutos adequados.¹⁸³

3.1.2 Custos de transição, barreiras à entrada e efeitos de rede

Outra questão importante na decisão de aprovação da operação Facebook/WhatsApp tem de ver com a suposição, por parte da CE, a propósito da possibilidade de um efeito *lock-in* nos utilizadores, de que estes detectariam imediatamente uma diminuição da qualidade, impedindo que a entidade resultante da operação exercesse, dessa forma, poder de mercado, uma vez que mudariam imediatamente para

utilizadores por parte do Facebook é copiosa, este oferece publicidade direccionada e monitoriza a navegação online dos seus utilizadores em todos os websites que tenham um plugin do Facebook. Aliás, as próprias ideologias subjacentes ao WhatsApp e ao Facebook encontram-se nos antípodas uma da outra. Enquanto, como vimos *supra*, Brian Acton e Jan Koum afirmavam que a segurança e a privacidade se encontravam no seu DNA, o fundador do Facebook, Mark Zuckerberg anunciou que “a privacidade já não é uma norma social” e que as “pessoas ficaram confortáveis não só a partilhar mais informação e de diferentes tipos mas mais abertamente e com mais pessoas” em Bobbie Johnson, «Privacy no longer a social norm, says Facebook founder», *The Guardian*, 2010, consultado em 27 de Junho de 2019, <https://www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy>.

¹⁷⁸ Tal Zarsky, «The Privacy-Innovation Conundrum», *Lewis & Clark Law Review* 19, n. 1 (2015): par. 167.

¹⁷⁹ Neste contexto, o conceito de equilíbrio disfuncional é definido da seguinte forma: “Se as empresas percebem que poucos consumidores alteram a procura em resposta às políticas de privacidade actuais, então os incentivos da empresa vão no sentido de adoptar políticas de privacidade descomprometidas e sem protecção (...). Seria tentador ter declarações de privacidade que não comunicassem efectivamente as opções de privacidade se fosse possível ofuscar a minoria dos consumidores enquanto se alega que a política foi divulgada. Entretanto, se os consumidores perceberem que as empresas se comportam dessa forma, não vão esperar que a leitura atenta das políticas de privacidade seja uma actividade gratificante. Estes padrões de conduta e expectativas reforçar-se-iam mutuamente, tornando-os num equilíbrio económico ou baseado na teoria dos jogos. É normalmente difícil escapar a um equilíbrio disfuncional se houver um grande número de jogadores envolvidos. Uma pequena empresa, da mesma forma, não pode simplesmente decidir sair do equilíbrio adoptando termos e políticas de privacidade mais protectoras e mais claros, porque a sua procura não mudará muito (...). A fuga de um equilíbrio disfuncional (...) requer muitas vezes a acção de grandes e poderosos agentes e/ou a acção conjunta de grupos de agentes.” Em Joseph Farrell, «Can Privacy be Just Another Good?», *Journal on Telecommunications and High Tech Law* 10 (2012): 258 - 259.

¹⁸⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 133.

¹⁸¹ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 6.

¹⁸² Num contributo importantíssimo para o desenvolvimento de novas ferramentas de análise jusconcorrencial, atentas as dificuldades inerentes à subjectividade das preferências de privacidade dos consumidores e do balanço entre o lado da publicidade e o lado dos utilizadores nas plataformas bilaterais, Keith Whaerer criou uma fórmula útil para avaliar os efeitos de uma concentração que não baseados no preço (inclusive a privacidade): “Depois da concentração com um concorrente, a empresa internalizaria alguns dos lucros que teriam sido perdidos devido a uma diminuição da qualidade ou da protecção de privacidade, porque alguns dos utilizadores que teriam procurado substitutos em resposta utilizariam o serviço da empresa que é parte na concentração. Isso cria um mecanismo de incentivo unilateral para diminuir a protecção da privacidade ou a qualidade. Note-se que esta é exactamente a mesma lógica dos efeitos unilaterais ao nível do preço numa concentração.” Note-se que, assim, a empresa pode, de forma lucrativa, diminuir unilateralmente a protecção da privacidade uma fase pós- concentração, em Waehrer, «Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions», 14.

¹⁸³ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 82.

aplicações concorrentes.¹⁸⁴ Nas concentrações motivadas por dados há um risco significativo de a entidade resultante da operação actuar de forma independente dos desejos dos consumidores, diminuindo a privacidade e utilizando os seus dados pessoais para melhor os explorarem sem que os consumidores consigam ter uma noção exacta da extensão deste “custo.”¹⁸⁵

A CE considerou que não existia “uma barreira significativa à mudança para os utilizadores no mercado das aplicações de comunicações entre consumidores” e fundamentou a sua posição na circunstância de (i) os utilizadores usarem frequentemente duas ou mais aplicações para comunicar entre si (*multi-homing*) e na facilidade com que aqueles podem mudar de aplicações de comunicações entre consumidores, afastando, assim, o perigo de ficarem “presos” ao Facebook após a operação,¹⁸⁶ (ii) no facto de as aplicações das partes na operação “não se encontrarem pré-instaladas numa grande quantidade de aparelhos” e de os consumidores normalmente terem de proceder activamente ao *download* do Facebook Messenger e do WhatsApp¹⁸⁷ inviabilizando, assim um viés de *status quo*, (iii) na inexistência de controlo, por parte do Facebook ou do WhatsApp, de sistemas operativos de telemóveis ou de qualquer parte essencial da rede, não tendo o Facebook a capacidade para “tornar a mudança entre diferentes aplicações de comunicações entre consumidores mais onerosa para os utilizadores”¹⁸⁸ e (iv) no entendimento de que a portabilidade não seria um factor importante para as aplicações de comunicações entre consumidores uma vez que “a comunicação via *apps* tende a consistir numa extensão significativa de conversas curtas e espontâneas, que não têm necessariamente valor de longo prazo para os consumidores.”¹⁸⁹

A CE não considerou de que forma a operação de concentração poderia aumentar barreiras à entrada, atentos os diversos efeitos de rede “não tradicionais” potenciados pelos dados.¹⁹⁰ A propósito, o Facebook arguiu que “as barreiras à entrada e expansão dos concorrentes e os custos de transição para os utilizadores seriam muito baixos, pelo que qualquer tentativa da entidade resultante da concentração no sentido de alavancar a sua posição no mercado seria facilmente contrariada. Em particular, caso a entidade resultante da concentração introduza ou aumente preços ou pare de inovar, os utilizadores poderão facilmente mudar para serviços concorrentes que estão disponíveis gratuitamente e que proporcionam novas funcionalidades e serviços de melhor qualidade.”¹⁹¹ A CE considerou que, uma vez que o mercado em questão é “dinâmico e de rápido crescimento,”¹⁹² que o “desenvolvimento e lançamento de uma aplicação de comunicação entre consumidores não exige muito tempo nem um investimento significativo,”¹⁹³ que “as tecnologias utilizadas nas aplicações (...) estão relativamente padronizadas,”¹⁹⁴ que “as partes não têm controlo sobre qualquer elemento que influencie a entrada,”¹⁹⁵

¹⁸⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 186 (2014).

¹⁸⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 274. A suposição de que os consumidores assumiriam de imediato uma degradação da qualidade não é tão simples como a afirmação da CE faz parecer. Não pretendendo explorar, nesta sede, se existe suporte empírico para tal afirmação, remetemos para, por exemplo, Maurice E. Stucke, «Behavioural Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century», *Loyola University Chicago Law Journal* 38 (2007): 513–91; Maurice E. Stucke e Ariel Ezrachi, «The Curious Case of Competition and Quality», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, 10 e ss., doi: 10.1093/jaenfo/jnv023.

¹⁸⁶ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 109–110 (2014).

¹⁸⁷ *Ibid.*, para. 111.

¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 112.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 113.

¹⁹⁰ É que o poder de mercado é mantido em mercados com barreiras à entrada significativas e a “análise de entrada no mercado constitui um elemento importante para a apreciação geral em termos de concorrência” em Comissão Europeia, «Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C)» (J.O. C 31/05, 2004), 68, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2B02%29>.

¹⁹¹ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp parágrafo 94.

¹⁹² *Ibid.*, para. 118.

¹⁹³ *Ibid.*, para. 119.

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 120.

¹⁹⁵ *Ibid.*, para. 121.

que a portabilidade não apresentava uma barreira significativa e a interoperabilidade não fazia parte da oferta dos concorrentes das partes da operação e que não era um elemento que sustentasse a entrada e a expansão de qualquer aplicação de comunicações entre consumidores,¹⁹⁶ e que, por estes motivos, não existiam “barreiras “tradicionais” significativas à entrada no mercado de uma nova aplicação de comunicações entre consumidores.”¹⁹⁷ Quanto à expansão, a CE considerou que estas aplicações tem facilidade ao nível da distribuição, bastando apenas o *download* das mesmas, e que proliferam através da transmissão entre o utilizador e a sua rede de contactos (boca a boca).¹⁹⁸

Ora, o valor de uma aplicação de comunicação entre consumidores aumenta à medida que mais amigos e conhecidos utilizam essa mesma aplicação,¹⁹⁹ da mesma forma que quanto mais pessoas adiram à rede social Facebook, mais fácil se torna a ligação e a comunicação entre estas. Assim, o Facebook e o WhatsApp gozam ambos de efeitos de rede directos, em que a utilidade do produto aumenta à medida que outros o utilizam. Estes efeitos de rede criam, por definição, mais valor para os utilizadores de determinado serviço, mas podem, ao mesmo tempo, levantar preocupações jusconcorrenciais, “em particular se permitirem que a entidade resultante da concentração exclua concorrentes e torne mais difícil para os operadores concorrentes a expansão da sua base de utilizadores,”²⁰⁰ i.e., poder de mercado. Três funcionários da CE efectuaram, em 2015, uma revisão desta decisão, onde demonstraram a forma como estas empresas dominam estes mercados por causa dos efeitos de rede.²⁰¹

De acordo com os dados utilizados pela CE na sua apreciação da operação, o Facebook e o WhatsApp foram os líderes nas aplicações de comunicações entre consumidores em *smartphones* Android e Apple iOS, no EEE, no período entre Novembro de 2013 e Maio de 2014 e nesse ano o WhatsApp tinha quase 600 milhões de utilizadores e o Facebook Messenger cerca de 300 milhões. O facto de as partes desta operação possuírem, à data, vastas bases de utilizadores constituía uma dificuldade para os seus concorrentes atraírem ou manterem os seus utilizadores.²⁰² Acresce que a falta de interoperabilidade entre aplicações neste mercado acabava por levar os utilizadores a escolher a aplicação utilizada pelos seus familiares, amigos e conhecidos.

A comunidade académica e as autoridades de concorrência reconhecem que os efeitos de rede nos mercados *online* têm a potencialidade de permitir que uma empresa dominante exclua concorrentes e torne mais difícil para estes a ampliação da sua rede de utilizadores e que, nos mercados *high-tech* em particular, “os efeitos de rede possam levar a posições de mercado entrincheiradas,”²⁰³ criando, desta forma, barreiras à entrada. Na revisão desta decisão, alguns funcionários da CE observam que “muitos

¹⁹⁶ Ibid, para. 122.

¹⁹⁷ Ibid, para. 117.

¹⁹⁸ Ibid, para. 124-125.

¹⁹⁹ “Um serviço de comunicações entre consumidores oferece utilidade aos seus utilizadores se as pessoas com as quais estes querem comunicar também forem utilizadores desse serviço. Portanto, a relevância da base de utilizadores parece ser mais importante que a sua dimensão global.” Ibid, para. 88.

²⁰⁰ Ibid, para. 130.

²⁰¹ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What’s Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 4.

²⁰² Vide, por exemplo, o estudo da CMA: “Recebemos vários comentários de empresas que não tiveram acesso aos consumidores para recolher os seus dados directamente e comentaram que a falta de acesso aos dados a uma escala específica ou de amplitude suficiente para igualar a de um incumbente era uma barreira. Os comentários dos entrevistados estavam relacionados com vários mercados, incluindo pesquisa *online*, publicidade e *marketing*. Um entrevistado observou que os desafios impostos pela falta de acesso aos dados foram ampliados pela natureza bilateral dos mercados e pela presença de grandes empresas incumbentes” em UK Competition and Markets Authority, «The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA’s Call for Information», 2015, 88, disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

²⁰³ Comissão Europeia, «Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers», 2013, 1, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm.

serviços digitais são propensos a efeitos de rede porque se baseiam na interacção dos utilizadores (ou conjuntos de utilizadores) através de uma plataforma.”²⁰⁴ Ora, estes mercados, atentos os efeitos de rede, podem pender a favor de um/a ou dois produtos ou plataformas²⁰⁵ e, em nossa opinião, esta operação apresentava potencial para fazer pender o mercado a favor do Facebook.

A CE, todavia, considerou que existia “um número de factores que mitigavam o papel dos efeitos de rede ao nível das barreiras à entrada e à expansão” de concorrentes, nomeadamente (i) as aplicações para comunicações entre consumidores são um sector de “rápida evolução, onde os custos de transição as barreiras à entrada/expansão são reduzidos”, estas aplicações “têm capacidade para crescer, apesar dos efeitos de rede, com o decurso do tempo e no seguimento de alterações disruptivas no mercado” e que esta ameaça constitui um efeito disciplinador na entidade resultante da concentração, independentemente da dimensão da sua rede de utilizadores,²⁰⁶ (ii) a utilização de uma aplicação de comunicações entre consumidores não preclui a utilização de uma aplicação congénere pelo mesmo utilizador (*multi-homing*) pelo que seria improvável que o facto de um largo número de utilizadores permanecer na rede da entidade resultante da concentração os impedisse de utilizar aplicações concorrentes,²⁰⁷ e (iii) porque o Facebook e o WhatsApp não controlam partes essenciais da rede ou qualquer sistema operativo móvel, não se encontrando os utilizadores “presos” a qualquer rede física, solução de *hardware* ou qualquer outra coisa que careça de ser substituída para que os utilizadores possam utilizar produtos concorrentes, nem se encontram pré-instalados numa grande quantidade de aparelhos,²⁰⁸ concluindo a CE que “embora existam efeitos de rede no mercado das aplicações de comunicações para consumidores, é improvável que estes protejam a entidade resultante da concentração da concorrência com novas e já existentes aplicações de comunicações entre consumidores.”²⁰⁹

Focando-se apenas em barreiras à entrada e nos efeitos de rede tradicionais, a CE analisou a operação de forma incompleta, uma vez que existem vários efeitos de rede potenciados pelos dados que podem levar à concentração nos mercados digitais. Assim, a CE não analisou efeitos de rede potenciados pelos dados²¹⁰ que, além dos efeitos de rede tradicionais, compreendem efeitos de rede decorrentes da escala dos dados, efeitos de rede decorrentes do escopo dos dados e efeitos de rede de um lado de uma plataforma multilateral que podem ter repercussões no outro lado (*spill-over* e *data-driven spill-over effects*), que assumem maior importância no âmbito do mercado da publicidade *online*, pelo que serão explorados nessa sede.

Os efeitos de rede decorrentes da escala dos dados, permitem que a empresa se torne mais atractiva que as demais para potenciais utilizadores uma vez que quanto mais membros contribuem activa ou passivamente com os seus dados, mais meios a empresa tem para, através de ferramentas de IA, melhorar a qualidade do seu produto, que se torna mais atraente para outros utilizadores, criando um ciclo de *feedback* positivo,²¹¹ que “torna os fortes mais fortes e os fracos mais fracos, gerando resultados

²⁰⁴ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 3.

²⁰⁵ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 163.

²⁰⁶ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 132 (2014).

²⁰⁷ *Ibid*, para. 133.

²⁰⁸ *Ibid*, para. 134.

²⁰⁹ *Ibid*, para. 135.

²¹⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 160.

²¹¹ Stucke e Grunes, 170.

extremos.”²¹² A escala dos dados assume, também neste contexto, relevante importância, uma vez que com a aquisição do WhatsApp, o Facebook aumentou significativamente a sua rede de utilizadores, o que permite que os seus algoritmos inteligentes se tornem melhores e cresçam mais rapidamente que os de qualquer outro concorrente. Assim, apesar de ter considerado os efeitos de rede tradicionais, a CE não analisou de que forma a combinação das duas aplicações de comunicações entre consumidores líderes de mercado poderia aumentar as barreiras à entrada de qualquer tecnologia em que a escala dos dados fosse importante.

Várias entidades terceiras sugeriram ainda que, numa fase pós-concentração, seria provável, e, de uma perspectiva técnica, relativamente fácil, uma integração do WhatsApp com o Facebook, designadamente o cruzamento das plataformas de modo a que os seus utilizadores comunicassem entre si,²¹³ pelo que a CE avaliou a susceptibilidade de a operação conduzir a um reforço substancial específico dos efeitos de rede, que poderiam ser intensificados caso a operação unisse as redes separadas de utilizadores do WhatsApp e do Facebook numa rede substancialmente maior, o que pressuporia necessariamente algum tipo de integração entre os serviços das partes.

O Facebook alegou que a integração entre este e o WhatsApp apresentaria dificuldades técnicas significativas, nomeadamente por exigir a correspondência dos perfis destas plataformas, o que seria complicado sem o envolvimento dos utilizadores uma vez que o Facebook e o WhatsApp utilizam códigos de identificação de utilizador diferentes. Assim, alegadamente, o Facebook seria incapaz de associar de forma automática e fidedigna um Facebook *ID* com um número de telemóvel utilizado por um utilizador do WhatsApp, motivo pelo qual esta correspondência de perfis teria de ser efectuada pelos utilizadores, o que poderia resultar numa significativa reacção adversa por parte dos utilizadores de ambas as plataformas que não quisessem fazer coincidir as suas contas. O Facebook declarou, ainda, que, além destas dificuldades, teriam de ser superados significativos obstáculos técnicos (ao nível da engenharia) para permitir a comunicação entre as plataformas, o que reflecte a arquitectura fundamentalmente diferente do Facebook e do WhatsApp (sendo o primeiro *cloud-based* e o segundo, à data da operação, não).²¹⁴

Face ao exposto, a CE considerou improvável que a integração técnica entre o WhatsApp e o Facebook fosse tão simples conforme sugerido pelas entidades terceiras, para além de que representaria um risco comercial para a entidade que resultasse da concentração na medida em que os seus utilizadores poderiam mudar para as aplicações concorrentes de comunicações entre consumidores. Em todo o caso, mesmo que a integração tivesse lugar após a concentração, o seu efeito seria mitigado pela sobreposição significativa entre as redes de utilizadores do WhatsApp e do Facebook,²¹⁵ pelo que o benefício líquido, em termos de novos utilizadores, seria limitado, o que significa que os efeitos de rede pré-existentes provavelmente não seriam substancialmente reforçados pela concentração. Assim, considerou que a operação não suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno no que diz respeito ao mercado das aplicações de comunicações entre consumidores.

²¹² OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 29.

²¹³ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 137 (2014).

²¹⁴ Ibid, para. 138.

²¹⁵ Com base nos dados utilizados pela CE nesta decisão (que, curiosamente, têm como fonte uma *app*, *Onavo Data*, detida por uma das partes da operação, o Facebook) “no período entre Dezembro de 2013 e Abril de 2014, entre [20-30]% e [50-60]% dos utilizadores do WhatsApp já utilizavam o Facebook Messenger e entre [70-80]% e [80-90]% dos utilizadores do WhatsApp já eram membros do Facebook e, portanto, já estavam ao alcance do Facebook Messenger. Por outro lado, no mesmo período, 60% a 70% dos utilizadores activos do Facebook Messenger já usavam o WhatsApp.” Ibid, para. 140.

A CE entendeu que “o *multi-homing* entre aplicações de comunicações entre consumidores assegurava que a entidade resultante da concentração não se tornaria um operador exclusivo para os seus utilizadores” e que os “concorrentes seriam capazes de angariar utilizadores mesmo que estes não abandonem a rede da entidade resultante da concentração.”²¹⁶

Ora, de acordo com o gráfico *infra*, em Abril de 2018 a posição conjunta das aplicações WhatsApp e Facebook Messenger era superior à soma das demais aplicações concorrentes, o que significa que, em resultado da concentração, uma entidade que já era grande ficou ainda maior sem que a CE tivesse apreciado devidamente a forma como os efeitos de rede se transformam, efectivamente e sem prejuízo de factores eventualmente mitigadores, em poder de mercado.

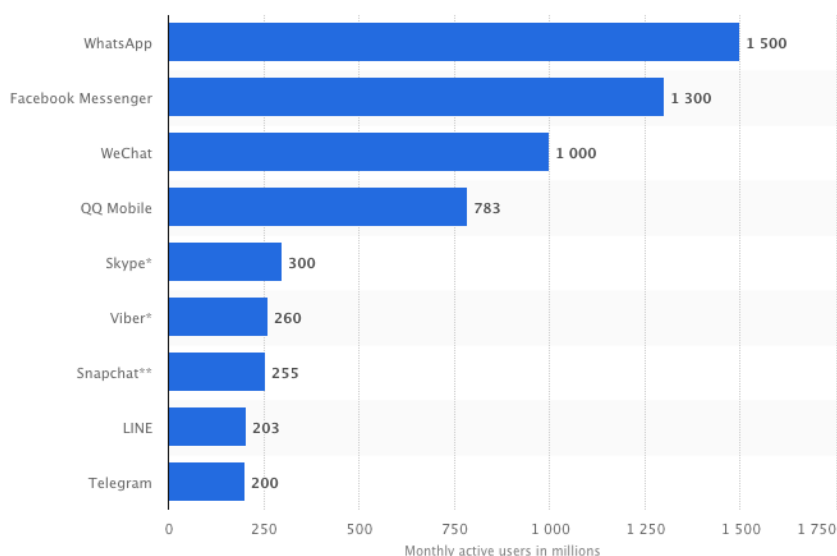


Gráfico 1. Aplicações para telemóveis mais populares com base no número de membros activos por mês.

Fonte: Statista, “Most popular mobile messaging apps as of April 2018, based on number of monthly active users (in millions)”, 1 de Julho de 2019, <https://www.statista.com/statistics/258749/most-popular-global-mobile-messenger-apps/>.

A CE não analisou “a forma como a concorrência pode ser reduzida quando a tirania da maioria dita as escolhas de privacidade da minoria.”²¹⁷ O facto, assinalado pela CE na sua decisão, de os utilizadores usarem diversas aplicações de comunicações entre consumidores, dependendo das suas necessidades específicas,²¹⁸ não significa necessariamente que cada uma dessas aplicações individualmente considerada exerça uma pressão concorrencial sobre as demais.

Contrariamente às declarações prestadas pelo Facebook aquando da operação de concentração, o WhatsApp, em 2016, anunciou uma decisão controversa: a alteração da sua política de privacidade,²¹⁹ que passou a prever a partilha de dados dos seus utilizadores com o Facebook com o objectivo de melhorar as sugestões de amigos e a publicidade direccionada. Esta circunstância, ao contrário do que previu a CE, não ditou uma migração significativa de utilizadores, o que significa que o *multi-homing* é

²¹⁶ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 5.

²¹⁷ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 168.

²¹⁸ Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, 87 (2014).

²¹⁹ Natasha Lomas, «WhatsApp's privacy U-turn on sharing data with Facebook draws more heat in Europe», *Tech Crunch*, 2016, consultado em 1 de Julho de 2019, <https://techcrunch.com/2016/09/30/WhatsApps-privacy-u-turn-on-sharing-data-with-facebook-draws-more-heat-in-europe/>; James Vincent, «WhatsApp to start sharing user data with Facebook», *The Verge*, 2016, consultado em 1 de Julho de 2019, <https://www.theverge.com/2016/8/25/12638698/WhatsApp-to-start-sharing-user-data-with-facebook>.

relevante apenas se o exercício do poder de mercado por parte de uma aplicação fizer com que muitos utilizadores, em muitos mercados geográficos, mudem para outras aplicações concorrentes. Neste contexto, uma aplicação específica pode, devido aos efeitos de rede directos, exercer poder de mercado, apesar do *multi-homing* dos utilizadores.²²⁰

Conforme vimos *supra*, o WhatsApp exercia uma pressão concorrencial importante sobre o Facebook que agora desapareceu. O Facebook, ciente de que os utilizadores continuarão a usar o WhatsApp e o Messenger, tem agora menos incentivos para proteger a privacidade dos consumidores e melhorar a qualidade dos seus serviços nessa dimensão. Os utilizadores não têm capacidade para fazer migrar todos os seus familiares, amigos e conhecidos para outra aplicação menos popular,²²¹ apesar do desagrado que muitos revelam quanto à política de privacidade do Facebook, e, assim, este vai continuando a recolher e utilizar dados dos seus utilizadores aos quais não teria acesso (especialmente por parte dos utilizadores que mais valorizam a privacidade) na ausência destes efeitos de rede directos.²²² Jan Whittington e Chris Hoofnagle entendem que os utilizadores, ao facultarem dados pessoais, estão a efectuar um investimento específico na empresa à qual fornecem as suas informações e que existe um incentivo para que as empresas adoptem comportamentos oportunistas, por exemplo, através da alteração das políticas de privacidade, sem que os utilizadores consigam abandonar estas “transacções” ou sequer recuperar o seu investimento ou transferi-lo para outra empresa,²²³ concluindo que estas características criam uma versão *online* do *lock-in* do consumidor.²²⁴

3.2 Mercado de serviços de redes sociais

No âmbito da investigação ao mercado, várias entidades terceiras sugeriram que (i) o WhatsApp, caso não se concretizasse a operação de concentração, se tornaria um prestador de serviços de redes sociais, concorrendo com o Facebook ou que (ii) o WhatsApp já era um prestador de serviços de redes sociais em concorrência com o Facebook.²²⁵ A CE não encontrou quaisquer indicações de que o WhatsApp tivesse planos para se tornar uma rede social que concorresse com o Facebook caso a operação não se concretizasse²²⁶ e, considerando que as fronteiras dos serviços de redes sociais estão em constante mutação, examinou os efeitos prováveis da transacção sob uma definição mais ampla de um mercado potencial de serviços de redes sociais, assumindo que o WhatsApp e o Facebook eram concorrentes reais naquele mercado.²²⁷ Segundo a apreciação da CE, se as aplicações de comunicações entre consumidores integrassem o mercado potencial de serviços de redes sociais, o número de operadores alternativos expandir-se-ia, incluindo agentes como o WhatsApp, LINE, WeChat, iMessage, Skype, Snapchat, Viber, Hangouts e o Youtube.

²²⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 169.

²²¹ Jan Whittington e Chris Jay Hoofnagle, «Unpacking Privacy's Price», *North Carolina Law Review* 90, n. 5 (2012): 1354.

²²² Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 169.

²²³ Notamos que, com a previsão do direito à portabilidade dos dados no artigo 20.º do RGPD, esta situação poderá estar acautelada. Trata-se de uma norma com um *rationale* intimamente ligado ao direito da concorrência que apresenta a potencialidade de reduzir as barreiras à entrada e o efeito de *lock-in* dos utilizadores de serviços. A aplicação deste dispositivo à realidade não é, contudo, automática e obedece a uma série de pressupostos, pelo que entendemos que o entusiasmo face à previsão deste direito deverá ser moderado, uma vez que a redacção deste artigo limita um entendimento mais alargado do exercício deste direito. Para uma análise mais aprofundada, *vide*, por exemplo Aysem Diker Vanberg e Mehmet Bilal Ünver, «The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?», *European Journal of Law and Technology* 8, n. 1 (2017); Orla Lynskey, «Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability», *European Law Journal* 42, n. 6 (2017); Inge Graef, Jeroen Verschakelen, e Peggy Valcke, «Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective», *Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, 2013, 53–63.

²²⁴ Whittington e Hoofnagle, «Unpacking Privacy's Price», 1353–55.

²²⁵ *Ibid.*, para. 144.

²²⁶ *Ibid.*, para. 145.

²²⁷ *Ibid.*, para. 146.

A CE concluiu, ainda, que, atenta a experiência substancialmente mais rica oferecida aos utilizadores pelo Facebook, este e o WhatsApp, que oferece uma ferramenta simples e leve para a troca de mensagens em tempo real, não eram concorrentes próximos nesse mercado potencial.²²⁸

Face às preocupações de entidades terceiras relativamente a uma eventual integração entre as partes num momento pós-concentração, nomeadamente a integração do WhatsApp na rede social Facebook, que poderia reforçar a posição do Facebook no mercado potencial de serviços de redes sociais por via da inclusão de novos utilizadores e/ou de funcionalidades na rede social Facebook, a CE considerou (i) a existência de dificuldades técnicas significativas que permitissem a integração das plataformas,²²⁹ (ii) a necessidade de uma significativa reformulação dos serviços e repetição dos respectivos códigos, em caso de cruzamento de plataformas, além (iii) dos planos actuais do Facebook, as suas declarações públicas e os seus documentos internos, que não forneciam suporte para uma futura integração do WhatsApp com o Facebook no sentido de reforçar a posição deste último no mercado potencial de serviços de redes sociais, tendo concluído que mesmo que tal integração tivesse lugar, o ganho líquido em termos de novos utilizadores da rede social seria limitado, já que a rede de utilizadores do WhatsApp já se sobrepõe significativamente à do Facebook, sendo improvável que a concorrência seja afectada negativamente pela concentração de tais serviços.²³⁰

3.3 Mercado de serviços de publicidade online

A operação Facebook/WhatsApp poderia, potencialmente, causar danos a vários grupos: anunciantes (com preços mais elevados); consumidores de aplicações de comunicações (com menor qualidade, inovação e protecção da sua privacidade e dados pessoais); e, por fim, concorrentes, que se vêem impedidos de atingir escala.²³¹

O Facebook oferecia as suas redes sociais e aplicações de comunicações gratuitamente porque procedia à recolha de “dados dos utilizadores das suas plataformas de redes sociais e analisa-os para veicular anúncios, por conta de anunciantes, que são direccionados para cada utilizador específico das suas plataformas de redes sociais,”²³² mas o WhatsApp, como vimos, não recolhia dados valiosos para efeitos de publicidade, pelo que a CE entendeu que a concentração não aumentaria “a quantidade de dados potencialmente ao dispor do Facebook para fins publicitários.”²³³

Uma vez que este cenário poderia ser diferente após a aprovação da concentração, a CE contemplou duas teorias de impacto anticoncorrencial em que o Facebook poderia reforçar a sua posição no mercado da publicidade *online*, considerando (i) o WhatsApp enquanto potencial prestador de serviços de publicidade *online* e/ou (ii) utilizando o WhatsApp enquanto potencial fonte de dados de utilizadores com o objectivo de aperfeiçoar a segmentação da publicidade do Facebook.

Na primeira teoria de impacto anticoncorrencial, a CE demonstrou que a sua principal preocupação se situava no lado dos anunciantes, não dos consumidores.²³⁴ Ora vejamos: de acordo com esta teoria, num cenário pós-transacção, o Facebook poderia “introduzir publicidade direccionada no WhatsApp, através da análise de dados recolhidos de utilizadores do WhatsApp (e/ou de utilizadores do Facebook que sejam

²²⁸ Ibid, para. 158.

²²⁹ Ibid, para 160.

²³⁰ Comissão Europeia, «Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook», 2014, 2, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.

²³¹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 76.

²³² Comissão Europeia, «Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook», 2.

²³³ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 131 (2014).

²³⁴ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 77.

também utilizadores do WhatsApp),” o que poderia culminar no reforço da posição do Facebook no mercado da publicidade *online*.²³⁵ O Facebook declarou não ter quaisquer planos para introduzir publicidade no WhatsApp, enquanto este se encontrava a explorar novas formas de monetização da sua actividade a médio-prazo e nenhuma delas envolvia a introdução de anúncios na plataforma.²³⁶ A CE concluiu que, mesmo que o Facebook introduzisse publicidade no WhatsApp, ao arrepio da própria *raison d'être* desta aplicação²³⁷ e das expectativas dos seus utilizadores relativamente à protecção dos seus dados pessoais, continuaria “a existir um número suficiente de outros concorrentes reais e potenciais que se encontram tão bem posicionados como o Facebook para oferecer publicidade direccionada.”²³⁸

Segundo a CE, a introdução de anúncios no WhatsApp poderia levar à migração de utilizadores para aplicações concorrentes sem anúncios²³⁹ e ao abandono da criptografia ponta-a-ponta, o que geraria uma insatisfação entre os utilizadores que valorizam a privacidade,²⁴⁰ consequentemente diminuindo os incentivos do Facebook nesse sentido. A CE mencionou que após o anúncio da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, um número elevado de utilizadores alemães mudou para aplicações alternativas, como a Threema ou o Telegram.²⁴¹

A CE focou a sua análise em serviços de mensagens com políticas de privacidade semelhantes mas menosprezou as respectivas dimensões. O facto de aplicações como a Threema ou o Telegram oferecerem níveis superiores de privacidade e protecção de dados pessoais não significa, *per se*, que tenham capacidade para exercer uma pressão concorrencial sobre o WhatsApp, no sentido de restringir a sua actuação ao nível da sua política de privacidade. Aqui, o tamanho importa. A capacidade destas aplicações para disciplinar o comportamento do WhatsApp depende não apenas da sua política de privacidade mas da sua dimensão. Aliás, a CE reconheceu que “o tamanho da base de utilizadores e o número de amigos/parentes de um utilizador na mesma aplicação é de crucial importância e valor,”²⁴² frisando que o Facebook Messenger e o WhatsApp, à data da operação, eram líderes (com cerca de 300 e 600 milhões de utilizadores a nível mundial, respectivamente) nos serviços de aplicações de comunicações entre consumidores.²⁴³ Ora, no momento da fusão, a Threema contava com 400.000 utilizadores e encontrava-se disponível principalmente na Alemanha e o Telegram tinha aproximadamente 50 milhões de utilizadores mensais activos.²⁴⁴ Se a CE pretendesse avaliar a substituíbilidade destes serviços caso o WhatsApp alterasse a sua política de privacidade, deveria ter considerado a dimensão das respectivas redes de utilizadores.²⁴⁵

Mas mesmo assumindo que estes serviços são substitutos, independentemente da sua dimensão, a avaliação da CE continua a ser limitada uma vez que a transição por parte de alguns utilizadores alemães

²³⁵ Ibid, para. 168.

²³⁶ Ibid, para. 170.

²³⁷ É elucidativa da sua posição quanto à publicidade a escolha do lema, retirado do guião de *Fight Club*, de David Fincher, e aí verbalizado pela personagem de Tyler Durden, dos fundadores do WhatsApp num *post* partilhado no seu *blog*: “*Advertising has us chasing cars and clothes, working jobs we hate so we can buy shit we don’t need*”. É importante reiterar que os fundadores do WhatsApp criaram a aplicação com o claro objectivo de construir uma alternativa aos modelos de negócio ancorados na publicidade: “These days companies know literally everything about you, your friends, your interests, and they use it all to sell ads. When we sat down to start our own thing together three years ago we wanted to make something that wasn’t just another ad clearinghouse” em Jan Koum, «Why we don’t sell ads», *WhatsApp Blog*, 2012, consultado em 5 de Julho de 2019, <https://blog.whatsapp.com/245/Why-we-dont-sell-ads>.

²³⁸ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 179 (2014).

²³⁹ Ibid, para. 174.

²⁴⁰ Comissão Europeia, parágrafo 174.

²⁴¹ Comissão Europeia, parágrafo 174.

²⁴² Ibid, para. 129.

²⁴³ Ibid, para. 128.

²⁴⁴ Mike Butcher, «Telegram Claims 50M Monthly Active Users, Seems To Be Attracting Teams», *Tech Crunch*, 2014, consultado em 6 de julho de 2019, <https://techcrunch.com/2014/12/08/telegram-claims-50m-monthly-active-users-seems-to-be-attracting-teams/>.

²⁴⁵ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 7.

do WhatsApp para as aplicações Threema e Telegram não é prova suficiente de que estes serviços oferecem alternativas para os utilizadores mais sensíveis a alterações de privacidade. Ao avaliar a substituíbilidade de dois produtos em que exista um preço, o teste SSNIP não implica apenas saber se um aumento no preço leva a que os consumidores mudem para um produto substituto mas também se essa mudança faz com que o aumento de preço não seja lucrativo. Apesar de a ausência de preço tornar a reprodução deste teste difícil, a falta de um critério comparativo poderia levar a um mercado excessivamente amplo. A apreciação seria ainda mais complicada porque, mesmo que a mudança na política de privacidade com vista à introdução de anúncios direccionados implique o abandono dos utilizadores do WhatsApp, isso não implica necessariamente perda de receita ou de lucro, isto porque a receita gerada no lado da publicidade pode ser superior e compensar de alguma forma a perda de utilizadores resultante da alteração à política de privacidade.²⁴⁶ A CE considerou a alteração da política de privacidade como algo inerentemente não lucrativo para o WhatsApp, sem ponderar os possíveis lucros do lado da publicidade, ou seja, só apreciou um lado de um mercado que é multilateral, o que se poderá atribuir à ausência de um limite mínimo relevante para perceber o momento em que a perda de consumidores de um serviço prestado a preço zero se torna não lucrativa e, portanto, restringe o comportamento da empresa.²⁴⁷ Para avaliar se a concentração pode reduzir substancialmente a concorrência não relacionada com o preço, a autoridade de concorrência precisa de objectivos uniformes de referência ao nível da qualidade e formas de medir reduções de qualidade pequenas, mas significativas e não transitórias (SSNDQ).

A aplicação do teste SSNDQ apresenta, ainda, alguns desafios,²⁴⁸ mas talvez a abordagem adoptada pelo Supremo Tribunal chinês no caso *Qihoo 360 v. Tencent*²⁴⁹ possa fornecer alguma orientação no futuro.

A *Qihoo 360* e a *Tencent* oferecem produtos gratuitos aos consumidores com vista a aumentar as respectivas bases de dados e as suas fontes de receita consistem na publicidade *online* bem como na venda de serviços adicionais aos consumidores. A disputa surgiu quando a *Qihoo* introduziu um *software* anti-vírus que permitia aos utilizadores controlar a quantidade de anúncios que o serviço de mensagens instantâneas (IM) da *Tencent* exibia. A *Tencent* reagiu ao tornar o seu *software* de mensagens incompatível com o *software* da *Qihoo*, obrigando os utilizadores a escolher entre o *software* de IM da *Tencent* ou o *software* anti-vírus da *Qihoo* nos seus computadores. O Tribunal analisou a possibilidade de um serviço não integrado de IM poder ser considerado um substituto de um serviço integrado de IM. Para tal, estabeleceu uma “regra da maioria e da importância,”²⁵⁰ que dita que ao definir o mercado relevante através da substituíbilidade da procura, a análise precisa de considerar se há “utilizadores adequados que considerariam um bem específico como uma alternativa (...) com base na procura da maioria dos utilizadores e na perspectiva das características-chave dos bens.”²⁵¹ Mais concretamente, o Tribunal sublinhou que ao avaliar a substituíbilidade dos produtos oferecidos a preço zero, há que perguntar se

²⁴⁶ Esayas, 7.

²⁴⁷ Esayas, 7.

²⁴⁸ Tendo sido considerado impraticável, atentas as dificuldades inerentes de medir a qualidade juntamente com os problemas existentes na aplicação do próprio teste SSNIP em situações reais de mercado, OECD, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 9.

²⁴⁹ David S. Evans e Vanessa Yanhua Zhang, «Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court», *Competition Policy International*, 2015, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/qihoo-360-v-tencent-first-antitrust-decision-by-the-supreme-court/>.

²⁵⁰ Huang Wei e Han Guizhen, «Relevant Market Definition and Market Dominance Identification», *Competition Policy International* 11, n. 1 (2015): 4, disponível em

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Relevant-Market-Definition.pdf>.

²⁵¹ Wei e Guizhen, 5.

uma maioria dos utilizadores considera determinado produto enquanto um substituto próximo do produto alvo. O Tribunal recorreu a dados estatísticos para decidir sobre a substituíbilidade dos serviços integrados e não integrados de mensagens instantâneas.²⁵² Nesta importante decisão, o Tribunal não só considerou o papel das plataformas multilaterais na análise jusconcorrencial, como reconheceu que a aplicação do tradicional teste SSNIP aos serviços de IM na *internet*, que apresenta um modelo de negócio gratuito, é limitada. Assim, na apreciação da substituíbilidade da oferta e da procura, o Tribunal baseou-se nas características do produto.²⁵³

A CE, na operação de concentração entre o Facebook e o WhatsApp, poderia ter apreciado se, atenta a dimensão da rede de utilizadores e as políticas de privacidade, a maioria de um número considerável de utilizadores considerava a Threema e o Telegram enquanto substitutos próximos do WhatsApp.²⁵⁴

Na segunda teoria apresentada pela CE, esta considerou as implicações da economia de dados na concorrência, indagando o Facebook acerca da utilização de dados dos utilizadores do WhatsApp com o objectivo de melhorar a segmentação da publicidade apresentada na rede social Facebook aos utilizadores de ambas as plataformas.²⁵⁵ Alguns inquiridos no âmbito da investigação de mercado mostraram preocupações nesta sede, considerando, atento o aumento de dados sob o controlo do Facebook, ser expectável que a operação “reforçasse materialmente a posição do Facebook na oferta de serviços de publicidade *online*.”²⁵⁶ Outros discordaram, prevendo o êxodo dos utilizadores com preferências menos intrusivas ao nível da privacidade, o que levou a CE a considerar esta circunstância como uma redução de qualquer incentivo por parte do Facebook para recolher dados das mensagens do WhatsApp.²⁵⁷ A propósito, o Facebook anunciou publicamente que não tinha “planos actuais para modificar a recolha e utilização dos dados dos utilizadores do WhatsApp.”²⁵⁸

A CE considerou que “mesmo que a entidade resultante da operação começasse a recolher dados de utilizadores do WhatsApp, a transacção só levantaria preocupações concorrenciais se a concentração de dados sob o controlo do Facebook lhe permitisse reforçar a sua posição no mercado da publicidade,”²⁵⁹ não tendo, contudo, previsto se o Facebook recolheria ou não os dados dos utilizadores do WhatsApp.²⁶⁰

Do lado da publicidade, a CE concluiu que “há actualmente um número significativo de participantes no mercado que recolhem dados de utilizadores juntamente com o Facebook,”²⁶¹ e que “independentemente da utilização dos dados do WhatsApp pela entidade resultante da concentração para melhorar a qualidade da segmentação da publicidade na rede social Facebook, continuará a existir uma grande quantidade de dados de utilizadores da Internet que são valiosos para efeitos de publicidade e que não estão sob o exclusivo controlo do Facebook.”²⁶²

Se os dados de utilizadores da Internet se encontrassem tão ampla e livremente disponíveis no mercado como sugerido pela CE, os operadores de plataformas *online* não investiriam quantias consideráveis no desenvolvimento de serviços gratuitos para os seus utilizadores com o objectivo de

²⁵² Wei e Guizhen, 5.

²⁵³ Evans e Zhang, «Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court».

²⁵⁴ Esayas, «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/WhatsApp merger», 7.

²⁵⁵ *Ibid.*, para. 180.

²⁵⁶ *Ibid.*, para. 184.

²⁵⁷ *Ibid.*, para. 186.

²⁵⁸ *Ibid.*, para. 182.

²⁵⁹ *Ibid.*, para. 187.

²⁶⁰ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, par. 78.

²⁶¹ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 188 (2014).

²⁶² *Ibid.*, para. 189. A CE utilizou um raciocínio semelhante em operações de concentração no passado, designadamente em Comissão Europeia, Caso Comp/M.4731 - Google/DoubleClick (2008); Comissão Europeia, Caso Comp/M.7023 - Publicis/Omnicom.

recolher informações relevantes, designadamente para efeitos de publicidade.²⁶³ Já quanto à recolha, conservação e análise dos dados, os custos envolvidos na aquisição ou criação de ferramentas necessárias para essas actividades são tipicamente fixos enquanto os custos marginais de aumento da produção são baixos, o que dá origem a economias de escala, criando barreiras à entrada de novos concorrentes.²⁶⁴

A CE apresentou um gráfico²⁶⁵ com percentagens de quotas de mercado relativas à recolha de dados na Internet, onde o Facebook detém uma percentagem estimada de 6,39%. No entanto, uma vez que os dados não são fungíveis, não é claro que os dados recolhidos pelos outros agentes (Adobe, Microsoft, etc.) apresentem o mesmo valor para fins publicitários para o Facebook como os dados recolhidos pelo WhatsApp.²⁶⁶ Ademais, “determinar o valor de mercado e a concentração de mercado através do valor económico dos dados pessoais também não será muito útil na maioria dos casos, uma vez que os dados não têm valor intrínseco e o seu valor depende do contexto em que são utilizados,” e a “avaliação monetária do mesmo conjunto de dados pode divergir significativamente entre os participantes do mercado,”²⁶⁷ pelo que nos parece incorrecto por parte da CE estimar de forma simplista as quotas de mercado das empresas num mercado global de dados.

Ora, se é pacífico que outras empresas controlam dados valiosos, já parece discutível que, por exemplo, os dados de pesquisa, que são tão valiosos para a Google, apresentem o mesmo valor para o Facebook. As outras empresas não terão necessariamente acesso ao mesmo tipo de dados que o Facebook controlará num cenário pós-concentração, que lhe conferem uma vantagem competitiva e poder de mercado.²⁶⁸ Note-se que, como referimos *supra* a propósito dos 4 Vs do *Big Data*, a velocidade é fundamental, isto é, mesmo que outras empresas adquiram esse mesmo tipo de dados, poderão não ter capacidade para aceder, analisar e extrair valor dos dados tão rapidamente como o Facebook, que tem a capacidade de monitorizar em tempo real as comunicações dos seus utilizadores e usar essa informação, cruzada com a variedade de dados obtidos nas suas redes sociais, para lhes dirigir publicidade segmentada. Os concorrentes, mesmo com acesso a dados valiosos de utilizadores no geral, estarão em desvantagem sem os dados de troca de mensagens, tão cobiçados pelos anunciantes.²⁶⁹

A CE entendeu, ainda, que a combinação das bases de dados das duas entidades não forneceria uma “vantagem única e não replicável,”²⁷⁰ na medida em que os concorrentes poderiam obter grandes quantidades de dados e serviços de análise de dados no mercado existente para o efeito, remetendo os dados pessoais à categoria de bem público.²⁷¹ Não negamos que exista actualmente um grande volume e variedade de dados pessoais de utilizadores da Internet que são valiosos para efeitos de publicidade e que nem todos estes dados estão sob o controlo exclusivo do Facebook, mas tal não significa, como vimos, que estes dados estejam livremente disponíveis para outros concorrentes e potenciais entrantes no mercado. Se o Facebook, como reconhece a CE, não vende os dados dos seus utilizadores nem

²⁶³ Stucke e Grunes, «No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data», 7.

²⁶⁴ Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 483.

²⁶⁵ Com base em dados de uma empresa de *market intelligence* para fins não relacionados com a apreciação da concentração Facebook/WhatsApp e aí utilizados para efeitos meramente ilustrativos.

²⁶⁶ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 79.

²⁶⁷ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 59.

²⁶⁸ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 80.

²⁶⁹ Stucke e Grunes, 80.

²⁷⁰ Ocello, Sjödin, e Suboços, «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 6.

²⁷¹ “Bens públicos são bens que podem ser usufruídos por qualquer indivíduo e que nenhum indivíduo pode ser excluído do seu consumo” em Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus, *Economia*, 18ª (Lisboa: McGraw-Hill, 2005), 37.

fornece serviços de análise de dados quer a anunciantes quer a terceiros,²⁷² então o que deveria ter sido analisado seria não apenas a quantidade de dados que a entidade resultante da concentração tem em relação ao universo exterior mas a quantidade de dados que esta entidade tem relativamente aos dados imediatamente disponíveis noutro sítio, porque se apenas algumas empresas controlarem o tipo de dados necessários para concorrer de forma eficaz nesse mercado, não facultando acesso aos concorrentes, então a concentração poderá afectar a concorrência.²⁷³

Quanto ao lado do consumidor, a CE revelou uma visão redutora acerca da possibilidade de o Facebook, ao recolher e utilizar dados de utilizadores do WhatsApp, controlar uma quantidade colossal de dados, uma vez que apreciou apenas a potencial concentração de dados entre estas empresas na estrita medida em que fosse passível de reforçar a posição do Facebook no mercado da publicidade *online* e respectivos segmentos, remetendo para as regras de protecção de dados quaisquer preocupações ao nível da privacidade que pudessem surgir desta concentração por entender que estas não são abrangidas pelo âmbito das regras de concorrência.²⁷⁴ Esta posição da CE é tributária do entendimento do TJUE no caso *Asnef-Equifax*²⁷⁵ e prejudica uma análise cabal de todas as questões de natureza jusconcorrencial que resultavam desta operação. A CE claudicou ao afastar peremptoriamente do âmbito da análise jusconcorrencial quaisquer preocupações relacionadas com a privacidade que pudessem surgir da concentração de dados sob o controlo do Facebook, uma vez que a diminuição da protecção da privacidade pode, efectivamente, constituir uma violação às regras de concorrência. Tendo considerado a privacidade enquanto parâmetro da concorrência não baseado no preço, a CE deveria ter acautelado a possibilidade da sua degradação/diminuição numa fase pós-concentração, uma vez que nestes mercados “em que os produtos são oferecidos gratuitamente e monetizados através da publicidade direccionada, os dados pessoais dos utilizadores podem ser vistos como o preço pago pela prestação do serviço ou enquanto uma dimensão da qualidade. Pelo que se um *website*, após a concentração, exigir mais dados pessoais dos utilizadores ou fornecer esses dados a terceiros enquanto condição para a prestação do seu produto ‘gratuito’, pode ser percepcionado como aumentando o seu preço ou diminuindo a qualidade do seu produto.”²⁷⁶ Quando um produto ou serviço é gratuito, a primeira dimensão da concorrência a analisar é a qualidade²⁷⁷ e um mercado competitivo apresenta mais probabilidade de estimular o investimento na qualidade. No entanto, quando uma empresa obtém a sua receita de um lado do mercado, a sua concepção de qualidade pode ser distorcida e pode ter um incentivo para degradar a qualidade no lado gratuito do mercado abaixo dos níveis que os consumidores prefeririam, se, ao fazê-lo, aumenta a sua rentabilidade ou poder de mercado, entre os participantes do lado pago do mercado. É que os anunciantes beneficiam de uma publicidade melhor direccionada uma vez que assim se aumenta a probabilidade de o produto anunciado ser realmente adquirido pelos utilizadores aos quais a publicidade é dirigida.²⁷⁸ A CE considerou a questão da concentração dos dados apenas num dos lados de uma

²⁷² Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 70 (2014).

²⁷³ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 80.

²⁷⁴ Comissão Europeia, Caso Comp/M.7217 - Facebook/WhatsApp, para. 164 (2014).

²⁷⁵ “(...) as eventuais questões relativas ao aspecto sensível dos dados de carácter pessoal, que não são abrangidas, enquanto tais, pelo direito da concorrência, podem ser resolvidas com base nas disposições pertinentes em matéria de protecção de tais dados.” Terceira Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo C-238/05, *Asnef-Equifax*, *Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL*, e *Administración del Estado / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, para. 63 (2006).

²⁷⁶ Ocello, Sjödin, e Subočs, «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case», 6.

²⁷⁷ Europeia, Caso Comp/M.6281 - Microsoft/Skype, para. 81 (2011).

²⁷⁸ Graef, «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms», 473.

plataforma multilateral (o potencial impacto no mercado da publicidade *online*), sendo que aquela pode afectar, como vimos, todos os lados.²⁷⁹

Os benefícios relacionados com a disponibilidade de dados para a prestação de serviços (no lado do utilizador e também no lado da publicidade) estão sujeitos a rendimentos decrescentes à escala, o que significa que o valor da informação adicional diminui à medida que a quantidade dos dados aumenta. Assim, a força dos benefícios em ambos os lados da plataforma depende do nível a partir do qual os rendimentos dos dados “extra” começam a diminuir. Se o benefício de ter informação adicional começa a decrescer apenas a um nível muito elevado de dados, então a existência de um grande volume de dados pode dar origem a uma vantagem competitiva às plataformas incumbentes e consistir numa barreira à entrada para potenciais concorrentes.

Ademais, como vimos *supra*, as plataformas digitais são caracterizadas por efeitos de rede potenciados pelos dados, designadamente efeitos decorrentes do escopo dos dados e efeitos *spill-over* de um lado para o outro lado da plataforma multilateral (efeitos de rede indirectos).

No caso dos efeitos de rede decorrentes do escopo dos dados, o ciclo de *feedback* positivo (criado pelo efeito de rede decorrente da escala dos dados) é acelerado porque a empresa recolhe uma enorme variedade de dados na sua plataforma para aumentar a qualidade do seu produto ou serviço, o que atrai mais utilizadores que fornecem mais dados para aperfeiçoar, por exemplo, a publicidade direccionada.

Com o efeito *spill-over*, o aumento do número de utilizadores de um lado de uma plataforma multilateral pode atrair mais anunciantes do outro lado da plataforma, que, por sua vez, atrai, não só mais utilizadores como mais anunciantes.²⁸⁰ Além dos efeitos *spill-over* tradicionais, em plataformas multilaterais existem efeitos *spill-over* potenciados pelos dados: “A Internet e os dispositivos ligados permitiram mostrar anúncios aos consumidores e recolher dados sobre os utilizadores da Internet para adaptar os anúncios exibidos aos seus hábitos de visualização. Consequentemente, o valor dos anúncios *online* é capaz de ser superior, porque há maior probabilidade de estes serem de interesse para os utilizadores em questão e, portanto, mais capazes de os levar a adquirir o produto com sucesso”²⁸¹ – assim, nas plataformas *online*, o operador pode personalizar a publicidade oferecida a cada utilizador com base no perfil do mesmo. Assim, os dados pessoais amplificam o efeito *spill-over* tradicional. Como observa a OCDE, “a reutilização de dados gera enormes rendimentos de escala e escopo, o que leva a ciclos de *feedback* positivo a favor de um lado do mercado, o que, por sua vez, reforça o sucesso no(s) outro(s) lado(s) do mercado.”²⁸²

O Facebook apresenta, assim, efeitos de rede tradicionais no lado gratuito e o crescimento no número de membros activos no lado gratuito pode ter um efeito de *spill-over* atraindo mais anunciantes que pretendam ter acesso a estes utilizadores.²⁸³

Vejamos, então, como os dados amplificam os efeitos de rede no caso do Facebook: O Facebook não cria conteúdos originais, isto é, depende do trabalho gratuito dos seus utilizadores que partilham informação para atrair e fazer com que outros membros passem mais tempo na plataforma. Quando verifica um abrandamento da partilha dos dados dos utilizadores, uma situação que constitui um

²⁷⁹ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 81.

²⁸⁰ Stucke e Grunes, 189.

²⁸¹ UK Competition and Markets Authority, «The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA’s Call for Information», 51.

²⁸² OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 29.

²⁸³ Stucke e Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 193.

verdadeiro anátema do seu modelo de negócios, o Facebook incentiva-os a fazê-lo.²⁸⁴ Além de fornecerem dados que atraem outros membros para passar mais tempo no Facebook, os utilizadores também oferecem os seus dados para que os anunciantes lhes apresentem publicidade comportamental. O Facebook escrutina todos os *likes*, todas as partilhas, todas as informações, mesmo as que estão ocultas do perfil público.²⁸⁵ Assim, o volume, a velocidade, a variedade e o valor dos dados acelera à medida que a rede social cresce. Ao clicar *like* numa publicação, empresa, artista, o utilizador do Facebook transforma-se num verdadeiro patrocinador, tornando-se parte de um esforço publicitário para induzir outros utilizadores a comprar.²⁸⁶

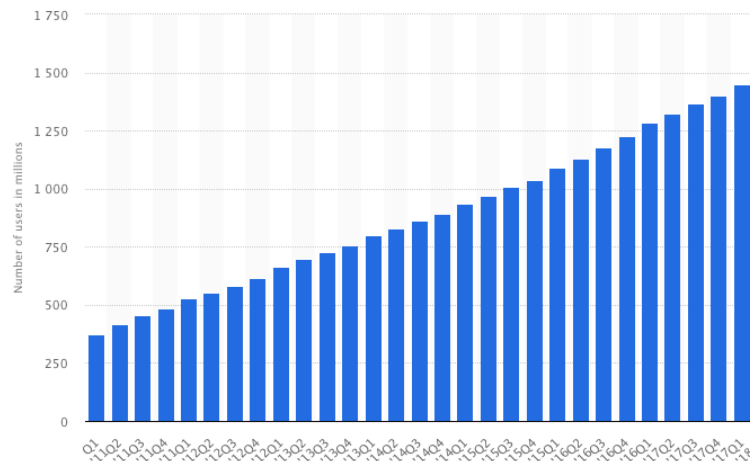


Gráfico 2. Número de utilizadores diários do Facebook, no mundo, até ao primeiro trimestre de 2018.

Fonte: Statista, "Number of daily active Facebook users worldwide as of 1st quarter 2018 (in millions)", 1 de Julho de 2019, <https://www.statista.com/statistics/346167/facebook-global-dau/>.

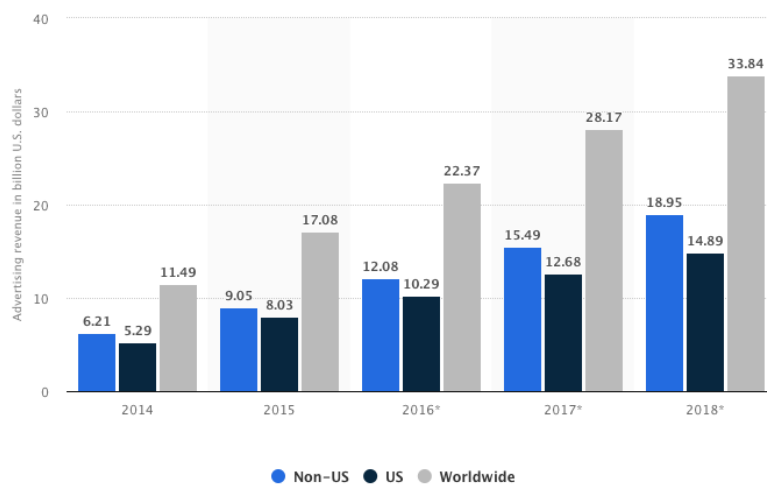


Gráfico 3. Receitas de publicidade do Facebook (fora dos Estados Unidos da América (EUA), nos EUA e a nível mundial) até 2018.

Fonte: Statista, "Facebook's U.S. and non-U.S. advertising revenue from 2014 to 2018 (in billion U.S. dollars)", 1 de Julho de 2019, <https://www.statista.com/statistics/544001/facebook-advertising-revenue-worldwide-usa/>.

²⁸⁴ Abby Ohlheimer, «Facebook is trying to get its users to share more about their personal lives», *The Washington Post*, 2016, consultado em 8 de Julho de 2019, https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/04/08/facebook-is-trying-to-get-its-users-to-share-more-about-their-personal-lives/?utm_term=.0e3c06e1f198.

²⁸⁵ Vinu Goel, «Flipping the Switches on Facebook's Privacy Controls», *The New York Times*, 2014, <https://www.nytimes.com/2014/01/30/technology/personaltech/on-facebook-deciding-who-knows-youre-a-dog.html>.

²⁸⁶ Goel.

Portanto, com o Facebook a incentivar os utilizadores a partilhar dados para atrair outros utilizadores e com cerca de 1,45 mil milhões de utilizadores diários no primeiro trimestre de 2018 (cf. gráfico 2), as receitas ao nível da publicidade aumentaram, à escala mundial, de 11,49 mil milhões de dólares em 2014 para 28,17 mil milhões de euros em 2017 (cf. gráfico 3).

O Facebook beneficia de efeitos de rede no lado da procura e no lado da oferta, na recolha de um maior volume e variedade de dados que pode analisar rapidamente para fins publicitários. Os “serviços e plataformas orientados por dados, tais como *websites* de redes sociais, são caracterizados por grandes efeitos de rede (economias de escala do lado da procura) onde a utilidade dos serviços aumenta proporcionalmente ao número de utilizadores, o que, por sua vez, reforça os crescentes rendimentos de escala e escopo no lado da oferta.”²⁸⁷ Assim, os efeitos de rede potenciados pelos dados ajudam o Facebook a manter o poder de mercado que detém do lado gratuito e do lado pago da plataforma multilateral que opera.

Conclusão

O *Big Data* assume um papel fulcral no seio da economia digital. O modelo de negócio das plataformas multilaterais *online* depende da aquisição e tratamento de dados pessoais em larga escala (*Big Data*) e a concorrência nestes mercados envolve cada vez mais características relacionadas com a exploração comercial de dados pessoais, o que significa que a mesma estratégia empresarial pode criar, simultaneamente, preocupações ao nível da protecção de dados pessoais e do direito da concorrência.

Na concentração *Facebook/WhatsApp* a CE reconheceu a privacidade enquanto parâmetro da concorrência não baseado no preço sem que, no entanto, tivesse levado a cabo qualquer apreciação a esse respeito, o que demonstra não apenas a inexistência de métodos de análise de parâmetros como a qualidade, mas também a predominância do preço enquanto parâmetro jusconcorrencial. A CE efectuou, assim, uma análise incompleta tendo demonstrado uma visão redutora, e talvez ingénua, acerca da possibilidade de o *Facebook*, por via da recolha e utilização de dados pessoais de utilizadores do *WhatsApp*, controlar uma quantidade colossal de dados pessoais, remetendo para as regras de protecção de dados quaisquer preocupações ao nível da privacidade que pudessem surgir desta concentração por entender que estas não são abrangidas pelo âmbito das regras de concorrência.

Apesar de o direito à protecção de dados pessoais ser um direito fundamental no quadro jurídico da EU, nem sempre se verificará uma intersecção entre este e o direito da concorrência, que não pode ser visto como uma panaceia para todos os problemas relacionados com a protecção de dados pessoais. No entanto, quando esta intersecção se verificar, a CE terá de reconhecer a importância concorrencial dos dados e as implicações decorrentes da concentração de dados num número limitado de empresas e, ainda, do respectivo sistema sem precedentes ao nível da recolha, tratamento e monetização dos dados.

Nos mercados multilaterais a concorrência ocorre a três níveis: no lado gratuito do mercado, ao nível dos parâmetros não baseados no preço (tais como a qualidade, que abrange a protecção de dados), no lado pago do mercado, ao nível do preço (como é o caso da publicidade) e, ainda, entre as empresas que recolhem dados enquanto um *input* valioso em diferentes mercados. Uma análise jusconcorrencial cabal implica uma apreciação holística de todas estas dimensões, o que significa que a CE deverá adequar as

²⁸⁷ OECD, «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report», 29.

suas ferramentas analíticas de forma a responder eficazmente aos desafios colocados por este modelo de negócio.

Acreditamos, porém, que, à excepção da necessária alteração dos limiares actualmente em vigor para a definição de concentração de dimensão europeia, que consideram exclusivamente o volume de negócios das empresas objecto da concentração, o RCUE tem latitude e flexibilidade suficientes para a análise de concentrações no seio da economia digital desde que haja lugar a uma adaptação metodológica da CE ao nível da análise de parâmetros não baseados no preço, como seja a qualidade (porventura uma adaptação do teste SSNDQ, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Chinês no caso *Qihoo 360/Tencent*). Assim, ao contrário do que aconselharia Voltaire,²⁸⁸ sugerimos uma interpretação flexível do enquadramento legal vigente e a definição de estruturas de análise sólidas para aplicação no futuro, sob pena de se perpetuar um *double standard* na aplicação do direito europeu da concorrência,²⁸⁹ aplicando-se plenamente às empresas que cobram um valor monetário pelos seus serviços aos consumidores e isentando da sua aplicação plena as empresas, *in casu* as plataformas multilaterais *online*, cuja provisão de serviços é gratuita. Imprescindível é a apreensão das características morfológicas dos mercados em causa e a compreensão dos modelos de negócio das empresas envolvidas nas operações com vista à adequação dos instrumentos e métodos de análise jusconcorrencial.

Bibliografia

- Almunia, Joaquín. «Competition and consumers: the future of EU competition policy (Speech at European Competition Day)». Madrid, 2010.
- Baars, Henning, e Hans-George Kemper. «Management Support with Structured and Unstructured Data—An Integrated Business Intelligence Framework». *Information Systems Management*, 2008. <https://doi.org/10.1080/10580530801941058>.
- Bezos, Jeff. «Letter to Shareholders», 2017. <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1018724/000119312517120198/d373368dex991.htm>.
- Blair, Roger D., e D. Daniel Sokol. «Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement». *Fordham Law Review* 81 (2013).
- Brooker, Charlie. «Black Mirror». Netflix, 2015.
- Bundeskartellamt, e Bundeswettbewerbsbehörde. «Joint guidance on new transaction value threshold in German and Austrian merger control submitted for public consultation», 2018. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/14_05_2018_TAW.html.
- Bundeskartellamt, e L'Autorité de la Concurrence. «Competition Law and Data», 2016.
- Butcher, Mike. «Telegram Claims 50M Monthly Active Users, Seems To Be Attracting Teams». Tech Crunch, 2014. <https://techcrunch.com/2014/12/08/telegram-claims-50m-monthly-active-users-seems-to-be-attracting-teams/>.
- Buttarelli, Giovanni. «Keynote Speech». *FutureTech Congress*. 25 de Maio de 2017.
- Caillaud, Bernard, e Bruno Jullien. «Chicken & egg: competition among intermediation service providers».

²⁸⁸ «Se quereis boas leis, queimai as que existem e fazei novas» em João Ricardo Catarino, *O Liberalismo em Questão - Justiça, Valores e Distribuição Social* (Lisboa: ISCSP/UTL, 2009), 68.

²⁸⁹ Silva, «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services», 69.

- RAND Journal of Economics* 34, n. 2 (2003): 309–328.
- Catarino, João Ricardo. *O Liberalismo em Questão - Justiça, Valores e Distribuição Social*. Lisboa: ISCSP/UTL, 2009.
- Comissão Europeia. Caso Comp/M.4731 - Google/DoubleClick (2008).
- . Caso Comp/M.5727 - Microsoft/Yahoo! Search Business (2010).
- . Caso Comp/M.6281 - Microsoft/Skype (2011).
- . Caso Comp/M.7023 - Publicis/Omnicom (2014).
- . Caso Comp/M.7217 - Facebook/Whatsapp (2014).
- . «Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers», 2013. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-383_en.htm.
- . «Comunicação da Comissão: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa», 2015. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=PT>.
- . «Construir uma Economia Europeia dos Dados», 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN>.
- . «Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control», 2016. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.
- . «Mergers: Commission approves acquisition of Whatsapp by Facebook», 2014. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm.
- . «Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C)». J.O. C 31/05, 2004. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52004XC0205%2802%29>.
- Costa-Cabral, Francisco, e Orla Lynskey. «Family ties: the intersection between data protection and competition in the EU Law». *Common Market Law Review* 54, n. 1 (2017): 11–50. http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family_ties_the_intersection_between_Author_2016_LSERO.pdf.
- Cukier, Kenneth, e Viktor Mayer-Schoenberger. «The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think About The World». *Foreign Affairs* 92, n. 3 (2013): 28–40.
- EDPS. «Meeting the challenges of big data: A call for transparency, user control, data protection by design and accountability». Opinion 7/2015, 2015. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.pdf.
- . «Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy». Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, 2014. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.
- . «Towards a new digital ethics». Opinion 4/2015, 2015. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf.
- Electronic Privacy Information Center. «In re: WhatsApp», 2014. <https://epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp/>.
- Esayas, Samson. «Competition in Dissimilarity: Lessons in Privacy from the Facebook/Whatsapp merger». Research Paper Series, 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3039440.
- Evans, David S. «Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for

- Internet-Based Firms». *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper*, n. 753 (2016).
- . «The Antitrust Economics of Free». *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 555 (2011).
- . «The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets». *Yale Journal on Regulation* 20, n. 2 (2003): 324–81.
- Evans, David S., e Vanessa Yanhua Zhang. «Qihoo 360 v Tencent: First Antitrust Decision by The Supreme Court». *Competition Policy International*, 2015.
<https://www.competitionpolicyinternational.com/qihoo-360-v-tencent-first-antitrust-decision-by-the-supreme-court/>.
- Evans, David, e Richard Schmalensee. «Ignoring Two-Sided Business Reality can Hurt Plaintiffs». *Competition Policy International* 1, n. Spring (2018).
- Executive Office of the President. «Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values». Washington, 2014.
- Ezrachi, Ariel. «Sponge». *Journal of Antitrust Enforcement* 5 (2017): 49–75.
- Ezrachi, Ariel, e Maurice E. Stucke. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.
- Facebook. «Política de Privacidade do Facebook», 2013. <https://www.facebook.com/about/privacy>.
- Faria, Tânia Luísa. «Direito da concorrência e Big Data: Ponto de situação e perspectivas». *Revista de Concorrência e Regulação*, n. 29 (2017): 107–37.
- Farrell, Joseph. «Can Privacy be Just Another Good?». *Journal on Telecommunications and High Tech Law* 10 (2012): 251–61.
- Ferro, Miguel Sousa. «“Ceci n’est pas un marché”: Gratuity and competition law». *Concurrences* 1 (2015).
- . «De Gratis Non Curat Lex: Abuse of Dominance in Online Free Services». *The Competition Law Review* 12, n. 2 (2017): 153–70.
- Friedman, Milton. *There’s No Such Thing as a Free Lunch*, 1975.
- Goel, Vindu. «Flipping the Switches on Facebook’s Privacy Controls». *The New York Times*, 2014.
<https://www.nytimes.com/2014/01/30/technology/personaltech/on-facebook-deciding-who-knows-youre-a-dog.html>.
- Gorp, Nicolai Van, e Olga Batura. «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy». Brussels, 2015.
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU%282015%29542235_EN.pdf.
- Graef, Inge. «Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms». Katholieke Universiteit Leuven, 2016.
- . «Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms». *World Competition: Law and Economics Review* 38, n. 4 (2015): 473–506. <https://ssrn.com/abstract=2657732>.
- Graef, Inge, Jeroen Verschakelen, e Peggy Valcke. «Putting the Right to Data Portability into a Competition Law Perspective». *Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, 2013, 53–63.
- Han, Byung-Chul. *No Enxame. Reflexões sobre o Digital*. Relógio D’Água, 2016.
- . *Psicopolítica: Neoliberalismo e novas técnicas de poder*. Relógio D’Água, 2015.

- Hayek, Friedrich August von. «Prize Lecture - The Pretence of Knowledge». *Nobelprize.org*, 1974. https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-lecture.html.
- . *The Road to Serfdom: Text and Documents - The Definitive Edition*. The University of Chicago Press, 2007.
- Johnson, Bobbie. «Privacy no longer a social norm, says Facebook founder». *The Guardian*, 2010. <https://www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy>.
- Kalyvas, James R., e Michael R. Overly, eds. *Big Data: A Business and Legal Guide*. Boca Raton: Taylor & Francis Group, 2015.
- Kerber, Wolfgang. «Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection». Joint Discussion Paper Series in Economics. Marburg, 2016.
- Khan, Lina M. «Amazon's Antitrust Paradox». *The Yale Law Journal* 126, n. 3 (2017).
- Koum, Jan. «Why we don't sell ads». WhatsApp Blog, 2012. <https://blog.whatsapp.com/245/Why-we-dont-sell-ads>.
- Kroes, Neelie. «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices (Speech at European Consumer and Competition Day)». London, 2005. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm.
- Kuneva, Meglena. «Keynote Speech». *Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling*, 31 de Março de 2009. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm.
- Lande, Robert H. «The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern». University of Baltimore Legal Studies Research Paper No. 2008-06, 2008.
- Lomas, Natasha. «WhatsApp's privacy U-turn on sharing data with Facebook draws more heat in Europe». *Tech Crunch*, 2016. <https://techcrunch.com/2016/09/30/whatsapps-privacy-u-turn-on-sharing-data-with-facebook-draws-more-heat-in-europe/>.
- Lynskey, Orla. «Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability». *European Law Journal* 42, n. 6 (2017).
- McAfee, Andrew, e Erik Brynjolfsson. «Big Data: The Management Revolution». *Harvard Business Review*, 2012. <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>.
- McKinsey Global Institute. «Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity», 2011.
- Ocello, Eleonora, Cristina Sjödin, e Anatoly Subočs. «What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU merger case». *Competition Merger Brief 1/2015*, n. 1–7 (2015). http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf.
- OECD. «Big Data: Bringing competition policy to the digital era». *Directorate for Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee*, 2016. <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.
- . «Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being», 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.
- . «Data-driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report». Paris, 2014. <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.
- . «Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value». OECD Digital Economy Papers. Paris, 2013. <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.
- . «Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation». Paris, 2013. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264193307-en>.

- . «The Digital Economy». 2012. <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.
- . «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», 2013. <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.
- Ohlheiser, Abby. «Facebook is trying to get its users to share more about their personal lives». The Washington Post, 2016. https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/04/08/facebook-is-trying-to-get-its-users-to-share-more-about-their-personal-lives/?utm_term=.0e3c06e1f198.
- Parlamento Europeu e Conselho. «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados», 2012. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=en>.
- . «Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrónicas», 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=PT>.
- . «Regulamento (UE) 2016/679 relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (RGPD)», 2016.
- Pasquale, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
- Rochet, Jean-Charles, e Jean Tirole. «Platform Competition in Two-Sided Markets». *Journal of the European Economic Association* 1, n. 4 (2003): 990–1029.
- . «Two-Sided Markets: A Progress Report». *The RAND Journal of Economics* 37, n. 3 (2006): 645–67.
- Rysman, Marc. «The Economics of Two-Sided Markets». *Journal of Economic Perspectives* 23, n. 3 (2009): 125–143.
- Samuelson, Paul A., e William D. Nordhaus. *Economia*. 18^a. Lisboa: McGraw-Hill, 2005.
- Shih, Gerry. «Facebook admits year-long data breach exposed 6 million users». Reuters, 2013. <https://www.reuters.com/article/net-us-facebook-security/facebook-admits-year-long-data-breach-exposed-6-million-users-idUSBRE95K18Y20130621>.
- Silva, Ana Rita Santos. «Towards the Incorporation of Privacy in the EU Competition Law: How Data Protection Harms can Reduce the Quality of Goods and Services». Tilburg University, 2017.
- Silva, Miguel Moura e. *Direito da Concorrência*. 2^a. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.
- Sivinski, Greg, Alex Okuliar, e Lars Kjolbye. «Is big data a big deal? A competition law approach to big data». *European Competition Journal* 13, n. 2–3 (2017): 199–227.
- Sokol, D. Daniel, e Roisin Comerford. «Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?». *George Mason Law Review* 23 (2016): 1129–61.
- Stucke, Maurice E. «Behavioural Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century». *Loyola University Chicago Law Journal* 38 (2007): 513–91.
- . «Reconsidering Antitrust’s Goals». *Boston College Law Review* 53 (2011).
- . «Should Competition Law Promote Happiness?». *Fordham Law Review* 81 (2013).
- Stucke, Maurice E., e Ariel Ezrachi. «The Curious Case of Competition and Quality». *Journal of Antitrust*

- Enforcement*, 2015. <https://doi.org/doi: 10.1093/jaenfo/jnv023>.
- Stucke, Maurice E., e Allen P. Grunes. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- . «No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data». *The Antitrust Source* April (2015): 1–14.
- Tarkoma, Janne. «Big Data and Data Protection in the Context of EU Competition Law». Hanken School of Economics, 2018. <https://helda.helsinki.fi/dhanken/bitstream/handle/123456789/183220/tarkoma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Terceira Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, e Administración del Estado / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (2006).
- The Economist. «The world's most valuable resource is no longer oil, but data». Acedido 18 de Julho de 2019. <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.
- Törnngren, Oskar. «Mergers in Big Data-driven Markets - Is the Dimension of Privacy and Protection of Personal Data Something to Consider in the Merger Review?». Stockholm University, 2017.
- Tucker, Darren S. «The Proper Role of Privacy in Merger Review». *CPI Antitrust Chronicle* 2 (2015).
- UK Competition and Markets Authority. «The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA's Call for Information», 2015. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.
- Vanberg, Aysem Diker, e Mehmet Bilal Ünver. «The Right to Data Portability in the GDPR and EU Competition Law: Odd Couple or Dynamic Duo?». *European Journal of Law and Technology* 8, n. 1 (2017).
- Vestager, Margrethe. «Big Data and Competition». *EDPS-BEUC Conference on Big Data*. 29 de Setembro de 2016. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.
- . «Refining the EU Merger Control System». *Studienvereinigung Kartellrecht*. 10 de Março de 2016. https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.
- Vincent, James. «WhatsApp to start sharing user data with Facebook». The Verge, 2016. <https://www.theverge.com/2016/8/25/12638698/whatsapp-to-start-sharing-user-data-with-facebook>.
- Waehrer, Richard. «Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions», 2016. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701927.
- Wallis, Jimmy. «Elon Musk will make driverless cars a reality sooner than you think». Wired. Acedido 18 de Junho de 2018. <http://www.wired.co.uk/article/fully-autonomous-cars-are-almost-here>.
- Wei, Huang, e Han Guizhen. «Relevant Market Definition and Market Dominance Identification». *Competition Policy International* 11, n. 1 (2015). <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Relevant-Market-Definition.pdf>.
- Whatsapp. «Perguntas Frequentes», sem data. https://faq.whatsapp.com/pt_br/android/28030015/.

———. «Política de privacidade do Whatsapp», 2012. <https://www.whatsapp.com/legal?doc=privacy-policy&version=20120707>.

Whish, Richard, e David Bailey. *Competition Law*. 7.^a ed. New York: Oxford University Press, 2012.

Whittington, Jan, e Chris Jay Hoofnagle. «Unpacking Privacy's Price». *North Carolina Law Review* 90, n. 5 (2012): 1328–68.

Wismer, Sebastian, e Arno Rasek. «Market definition in multi-sided market: Hearing on re-thinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets», 2017.

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)33/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En).

Zarsky, Tal. «The Privacy–Innovation Conundrum». *Lewis & Clark Law Review* 19, n. 1 (2015).

GEE Papers

- 1: Evolução do Comércio Externo Português de Exportação (1995-2004)
[João Ferreira do Amaral](#)
- 2: Nowcasting an Economic Aggregate with Disaggregate Dynamic Factors: An Application to Portuguese GDP
[Antonio Morgado](#) | [Luis Nunes](#) | [Susana Salvado](#)
- 3: Are the Dynamics of Knowledge-Based Industries Any Different?
[Ricardo Mamede](#) | [Daniel Mota](#) | [Manuel Godinho](#)
- 4: Competitiveness and convergence in Portugal
[Jorge Braga de Macedo](#)
- 5: Produtividade, Competitividade e Quotas de Exportação
[Jorge Santos](#)
- 6: Export Diversification and Technological Improvement: Recent Trends in the Portuguese Economy
[Manuel Cabral](#)
- 7: Election Results and Opportunistic Policies: An Integrated Approach
[Toke Aidt](#) | [Francisco Veiga](#) | [Linda Veiga](#)
- 8: Behavioural Determinants of Foreign Direct Investment
[Ricardo Pinheiro-Alves](#)
- 9: Structural Transformation and the role of Foreign Direct Investment in Portugal: a descriptive analysis for the period 1990-2005
[Miguel de Freitas](#) | [Ricardo Mamede](#)
- 10: Productive experience and specialization opportunities for Portugal: an empirical assessment
[Miguel de Freitas](#) | [Susana Salvado](#) | [Luis Nunes](#) | [Rui Costa Neves](#)
- 11: The Portuguese Active Labour Market Policy during the period 1998-2003 - A Comprehensive Conditional Difference-In-Differences Application
[Alcina Nunes](#) | [Paulino Teixeira](#)
- 12: Fiscal Policy in a Monetary Union: Gains from Changing Institutions
[Susana Salvado](#)
- 13: Coordination and Stabilization Gains of Fiscal Policy in a Monetary Union
[Susana Salvado](#)
- 14: The Relevance of Productive Experience in the Process of Economic Growth: an Empirical Study
[Diana Vieira](#)
- 15: Employment and Exchange rates: the Role of Openness and Technology
[Fernando Alexandre](#) | [Pedro Bação](#) | [João Cerejeira](#) | [Miguel Portela](#)
- 16: Aggregate and sector-specific exchange rate indexes for the Portuguese economy
[Fernando Alexandre](#) | [Pedro Bação](#) | [João Cerejeira](#) | [Miguel Portela](#)
- 17: The Macroeconomic Determinants of Cross Border Mergers and Acquisitions and Greenfield Investments
[Paula Neto](#) | [Antonio Brandao](#) | [António Cerqueira](#)
- 18: Does the location of manufacturing determine service sectors' location choices? Evidence from Portugal
[Nuno Crespo](#) | [Maria Paula Fontoura](#)
- 19: A hipótese do Investment Development Path: Uma Abordagem por Dados em Pannel. Os casos de Portugal e Espanha
[Miguel Fonseca](#) | [António Mendonça](#) | [José Passos](#)
- 20: Outward FDI Effects on the Portuguese Trade Balance, 1996-2007
[Miguel Fonseca](#) | [António Mendonça](#) | [José Passos](#)
- 21: Sectoral and regional impacts of the European Carbon Market in Portugal
[Margarita Robaina Alves](#) | [Miguel Rodriguez](#) | [Catarina Roseta-Palma](#)
- 22: Business Demography Dynamics in Portugal: A Non-Parametric Survival Analysis
[Alcina Nunes](#) | [Elsa Sarmento](#)
- 23: Business Demography Dynamics in Portugal: A Semi-parametric Survival Analysis
[Alcina Nunes](#) | [Elsa Sarmento](#)
- 24: Digging Out the PPP Hypothesis: an Integrated Empirical Coverage
[Miguel de Carvalho](#) | [Paulo Júlio](#)
- 25: Regulação de Mercados por Licenciamento
[Patrícia Cerqueira](#) | [Ricardo Pinheiro Alves](#)
- 26: Which Portuguese Manufacturing Firms Learn by Exporting?
[Armando Silva](#) | [Óscar Afonso](#) | [Ana Paula Africano](#)
- 27: Building Bridges: Heterogeneous Jurisdictions, Endogenous Spillovers, and the Benefits of Decentralization
[Paulo Júlio](#) | [Susana Peralta](#)
- 28: Análise comparativa de sobrevivência empresarial: o caso da região Norte de Portugal
[Elsa Sarmento](#) | [Alcina Nunes](#)
- 29: Business creation in Portugal: Comparison between the World Bank data and Quadros de Pessoal
[Elsa Sarmento](#) | [Alcina Nunes](#)
- 30: The Ease of Doing Business Index as a tool for Investment location decisions
[João Zambujal Oliveira](#) | [Ricardo Pinheiro Alves](#)
- 31: The Politics of Growth: Can Lobbying Raise Growth and Welfare?
[Paulo Júlio](#)
- 32: The choice of transport technology in the presence of exports and FDI
[José Pedro Ponte](#) | [Armando Garcia Pires](#)
- 33: Tax Competition in an Expanding European Union
[Ronald Davies](#) | [Johannes Voget](#)

- 34: The usefulness of State trade missions for the internationalization of firms: an econometric analysis
Ana Paula Africano | Aurora Teixeira | André Caiado
- 35: The role of subsidies for exports: Evidence from Portuguese manufacturing firms
Armando Silva
- 36: Criação de empresas em Portugal e Espanha: análise comparativa com base nos dados do Banco Mundial
Elsa Sarmento | Alcina Nunes
- 37: Economic performance and international trade engagement: the case of Portuguese manufacturing firms
Armando Silva | Oscar Afonso | Ana Paula Africano
- 38: The importance of Intermediaries organizations in international R&D cooperation: an empirical multivariate study across Europe
Aurora Teixeira | Margarida Catarino
- 39: Financial constraints, exports and monetary integration - Financial constraints and exports: An analysis of Portuguese firms during the European monetary integration
Filipe Silva | Carlos Carreira
- 40: FDI and institutional reform in Portugal
Paulo Júlio | Ricardo Pinheiro-Alves | José Tavares
- 41: Evaluating the forecast quality of GDP components
Paulo Júlio | Pedro Esperança | João C. Fonseca
- 42: Assessing the Endogeneity of OCA conditions in EMU
Carlos Vieira | Isabel Vieira
- 43: Labor Adjustment Dynamics: An Application of System GMM
Pedro Esperança
- 44: Corporate taxes and the location of FDI in Europe using firm-level data
Tomás Silva | Sergio Lagoa
- 45: Public Debt Stabilization: Redistributive Delays versus Preemptive Anticipations
Paulo Júlio
- 46: Organizational Characteristics and Performance of Export Promotion Agencies: Portugal and Ireland compared
Inês Ferreira | Aurora Teixeira
- 47: Evaluating the forecast quality of GDP components: An application to G7
Paulo Júlio | Pedro Esperança
- 48: The influence of Doing Business' institutional variables in Foreign Direct Investment
Andreia Olival
- 49: Regional and Sectoral Foreign Direct Investment in Portugal since Joining the EU: A Dynamic Portrait
Irina Melo | Alexandra Lopes
- 50: Institutions and Firm Formation: an Empirical Analysis of Portuguese Municipalities
Simão Arouca
- 51: Youth Unemployment in Southern Europe
João Leão | Guida Nogueira
- 52: Financiamento da Economia Portuguesa: um Obstáculo ao Crescimento?
João Leão | Ana Martins | João Gonçalves
- 53: O Acordo de Parceria Transatlântica entre a UE e os EUA constitui uma ameaça ou uma oportunidade para a Economia Portuguesa?
João Leão | Guida Nogueira
- 54: Prescription Patterns of Pharmaceuticals
Ana Gonçalves
- 55: Economic Growth and the High Skilled: the Role of Scale Effects and of Barriers to Entry into the High Tech
Pedro Gil | Oscar Afonso | Paulo Brito
- 56: Finanças Públicas Portuguesas Sustentáveis no Estado Novo (1933-1974)?
Ricardo Ferraz
- 57: What Determines Firm-level Export Capacity? Evidence from Portuguese firms
Ana Gouveia | Ana Luisa Correia
- 58: The effect of developing countries' competition on regional labour markets in Portugal
Tiago Pereira
- 59: Fiscal Multipliers in the 21st century
Pedro Brinca | Hans Holter | Per Krusell | Laurence Malafry
- 60: Reallocation of Resources between Tradable and Non-Tradable Sectors in Portugal: Developing a new Identification Strategy for the Tradable Sector
Ana Fontoura Gouveia | Filipa Canas
- 61: Is the ECB unconventional monetary policy effective?
Inês Pereira
- 62: The Determinants of TFP Growth in the Portuguese Manufacturing Sector
Daniel Gonçalves | Ana Martins
- 63: Practical contribution for the assessment and monitoring of product market competition in the Portuguese Economy – estimation of price cost margins
Luis Folque
- 64: The impact of structural reforms of the judicial system: a survey
Ana Gouveia | Sílvia Santos | Corinna Herber
- 65: The short-term impact of structural reforms on productivity growth: beyond direct effects
Ana Gouveia | Sílvia Santos | Inês Gonçalves
- 66: Assessing the Competitiveness of the Portuguese Footwear Sector
Fábio Batista | José Matos | Miguel Matos
- 67: The empirics of agglomeration economies: the link with productivity
Ana Gouveia | Sílvia Santos | Marli Fernandes
- 68: Determinants of the Portuguese GDP stagnation during the 2001-2014 period: an empirical investigation
Carlos Figueira
- 69: Short-run effects of product markets' deregulation: a more productive, more efficient and more resilient economy?
Ana Gouveia | Sílvia Santos | Gustavo Monteiro

- 70: Portugal: a Paradox in Productivity
Ricardo Pinheiro Alves
- 71: Infrastructure Investment, Labor Productivity, and International Competitiveness: The Case of Portugal
Alfredo Pereira | Rui Pereira
- 72: Boom, Slump, Sudden stops, Recovery, and Policy Options. Portugal and the Euro
Olivier Blanchard | Pedro Portugal
- 73: Case Study: DBRS Sovereign Rating of Portugal. Analysis of Rating Methodology and Rating Decisions
Annika Luisa Hofmann | Miguel Ferreira | João Lampreia
- 74: For Whom the Bell Tolls: Road Safety Effects of Tolls on Uncongested SCUT Highways in Portugal
Alfredo Pereira | Rui Pereira | João Pereira dos Santos
- 75: Is All Infrastructure Investment Created Equal? The Case of Portugal
Alfredo Pereira | Rui Pereira
- 76: Why Virtuous Supply-Side Effects and Irrelevant Keynesian Effects are not Foregone Conclusions: What we Learn from an Industry-Level Analysis of Infrastructure Investments in Portugal
Alfredo Pereira | Rui Pereira
- 77: The Role of Gravity Models in Estimating the Economic Impact of Brexit
Graham Gudgin | Ken Coutts | Neil Gibson | Jordan Buchanan
- 78: Infrastructure Investment in Portugal and the Traded/Non-Traded Industry Mix
Alfredo Pereira | Rui Pereira
- 79: Goods and Factor Market Integration: A Quantitative Assessment of the EU Enlargement
Lorenzo Caliendo | Fernando Parro | Luca David Opromolla | Alessandro Sforza
- 80: Understanding productivity dynamics: a task taxonomy approach
Tiago Fonseca | Francisco Lima | Sonia C. Pereira
- 81: On the Effects of Infrastructure Investments on Industrial CO2 Emissions in Portugal
Alfredo Pereira | Rui Pereira
- 82: Assessing Competition With the Panzar-Rosse Model: An empirical analysis of European Union banking industry
Suzana Cristina Silva Andrade
- 83: Health Care Investments and Economic Performance in Portugal: An Industry Level Analysis
Alfredo Pereira | Rui Pereira | Pedro G. Rodrigues
- 84: Is deregulation of product and labour markets promoting employment and productivity? A difference-in-differences approach
Hugo Correia | Ana Fontoura Gouveia
- 85: Foreign acquisition and internal organization
Paulo Bastos | Natália P. Monteiro | Odd Rune Straume
- 86: Learning, Prices, and Firm Dynamics
Paulo Bastos | Daniel A. Dias | Olga A. Timoshenko
- 87: The Diffusion of Knowledge via Managers' Mobility
Giordano Mion | Luca David Opromolla | Alessandro Sforza
- 88: Empresas Zombie em Portugal - Os sectores não transacionáveis da Construção e dos Serviços
Gabriel Osório de Barros | Filipe Bento Caires | Dora Xarepe Pereira
- 89: Collective bargaining through the magnifying glass: A comparison between the Netherlands and Portugal
Alexander Hijzen | Pedro Martins | Jante Parlevliet
- 90: A Lower VAT Rate on Electricity in Portugal: Towards a Cleaner Environment, Better Economic Performance, and Less Inequality
Alfredo Pereira | Rui Manuel Pereira
- 91: Who Seeks Re-Election: Local Fiscal Restraints and Political Selection
Susana Peralta | João Pereira dos Santos
- 92: Assessing the Competitiveness of the Metalworking Sector
João Marinho | Pedro Carvalho
- 93: The efficiency of Portuguese Technology Transfer Offices and the importance of university characteristics
Aurora Teixeira | André Monteiro
- 94: Persistence in innovation and innovative behavior in unstable environments
Joana Costa | Anabela Botelho | Aurora Teixeira
- 95: The effect of entrepreneurial origin on firms' performance - The case of Portuguese academic spinoffs
Natália Barbosa | Ana Paula Faria
- 96: Absorptive Capacity and Firms' Generation of Innovation - Revisiting Zahra and George's Model
Dina Pereira | João Leitão
- 97: Innovations in digital government as business facilitators: implications for Portugal
João Martins | Linda Veiga
- 98: Innovation and the economic downturn: Insights from Portuguese firms
Hugo Pinto | Tiago Santos Pereira | Elvira Uyarra
- 99: European Funds and Firm Dynamics: Estimating Spillovers from Increased Access
João Pereira dos Santos | José Tavares
- 100: Corporate Leverage and Investment in Portugal
Ana Martins | José Henrique Gonçalves | João Mário Ferreira Duque
- 101: The effects of official and unofficial information on tax compliance
Filomena Garcia | Luca David Opromolla | Andrea Vezzulli | Rafael Marques
- 102: Competition effect on innovation and productivity - The Portuguese case
Anabela Santos | Michele Cincera | Paulo Neto | Maria Manuel Serrano
- 103: Measuring the Welfare of Intermediation in Vertical Markets
Javier D. Donna | Pedro Pereira | Tiago Pires | Andre Trindade

- 104: Of course Collusion Should be Prosecuted. But Maybe... Or (The case for international antitrust agreements)
Filomena Garcia | Jose Manuel Paz y Minõ | Gustavo Torres
- 105: Product market competition and gender discrimination
Dudley Cooke | Ana P. Fernandes | Priscila Ferreira
- 106: Integration of Small Technology-Based Firms in Aeronautics
Anabela Reis | Joana Mendonça | Ligia Urbina
- 107: The Effects of Highway Tolls on Private Business Activity – Results from a Natural Experiment
João Pereira dos Santos | David B. Audretsch | Dirk Dohse
- 108: Competition and Firm Productivity: Evidence from Portugal
Pedro Carvalho
- 109: Do Exchange Traded Funds (ETFs) Outperform the Market? Evidence from the Portuguese Stock Index
Carlos Manuel Pinheiro | Hugo Hilário Varela
- 110: Assessing the Competitiveness of the Portuguese Chemical Sector
Ana Rita Marques | Cátia Silva
- 111: A General Equilibrium Theory of Occupational Choice under Optimistic Beliefs about Entrepreneurial Ability
Michele Dell'Era | Luca David Opromolla | Luis Santos-Pinto
- 112: O Mercado Segurador em Portugal: O Papel dos Gestores na Constituição de Provisões
Soraia de Sousa Bornett | Carlos Manuel Pinheiro
- 113: Exploring the implications of different loan-to-value macroprudential policy designs
Rita Basto | Sandra Gomes | Diana Lima
- 114: The Determinants of TFP Growth in the Portuguese Service Sector
Ana Martins | Tiago Domingues | Catarina Branco
- 115: Agglomeration and Industry Spillover Effects in the Aftermath of a Credit Shock
José Jorge | Joana Rocha
- 116: Entrepreneurial Human Capital and Firm Dynamics
Francisco Queiró
- 117: Global Value Chains and Vertical Specialization: The case of Portuguese Textiles and Shoes exports
Tiago Domingues
- 118: Firm heterogeneity and exports in Portugal: Identifying export potential
Frederico Oliveira Torres
- 119: Vantagens Comparativas Reveladas e suas determinantes: Uma Aplicação à Economia Portuguesa
Guida Nogueira | António Portugal Duarte
- 120: A Look at the main channels of Potential Impact of Brexit on the Portuguese Economy
Guida Nogueira | Paulo Inácio
- 121: How internationalization and competitiveness contribute to get public support to innovation? The Portuguese case
Anabela Santos | Michele Cincera | Paulo Neto | Maria Manuel Serrano
- 122: Grande Guerra e Guerra Colonial: Quanto Custaram aos Cofres Portugueses?
Ricardo Ferraz
- 123: Financing a Renewable Energy Feed-in Tariff with a Tax on Carbon Dioxide Emissions: A Dynamic Multi-Sector General Equilibrium Analysis for Portugal
Rui M. Pereira | Alfredo M. Pereira
- 124: Brown Sugar, how come you taste so good? The impact of a soda tax on prices and consumption
Judite Gonçalves | João Pereira dos Santos
- 125: ARFIMA Reference Forecasts for Worldwide CO2 Emissions and the National Dimension of the Policy Efforts to Meet IPCC Targets
José Beirute | Alfredo M. Pereira
- 126: Reference Forecasts for CO2 Emissions from Fossil-Fuel Combustion and Cement Production in Portugal
José M. Belbute | Alfredo M. Pereira
- 127: Regulated Early Closures of Coal-Fired Power Plants and Tougher Energy Taxation on Electricity Production: Synergy or Rivalry?
Alfredo Marvão Pereira | Rui Manuel Pereira
- 128: Picking Our Environmental Battles: Removal of Harmful Subsidies or Carbon Taxation?
Alfredo Marvão Pereira | Rui Marvão Pereira
- 129: Financing Future Feed-in Tariffs from Currently Installed RES-E Generating Capacity
Alfredo Marvão Pereira | Rui Marvão Pereira
- 130: Foreign Direct Investment, Income Inequality and Poverty in Portugal, 1973-2014: What does cointegration analysis tell us?
Aurora Teixeira | Ana Sofia Loureiro
- 131: On the Spillover Effects of CO2 Taxation on the Emissions of other Air Pollutants
Alfredo Marvão Pereira | Rui Marvão Pereira
- 132: On the Macroeconomic and Distributional Effects of the Regulated Closure of Coal-Operated Power Plants
Alfredo Marvão Pereira | Rui Manuel Pereira
- 133: The China Shock and Employment in Portuguese Firms
Lee Branstetter | Brian Kovak | Jacqueline Mauro | Ana Venâncio
- 134: Energy Taxation Reform with an Environmental Focus
Alfredo Marvão Pereira | Rui Manuel Pereira
- 135: ARFIMA Reference Forecasts for Worldwide CO2 Emissions and the Need for Large and Frontloaded Decarbonization Policies
José M. Belbute | Alfredo M. Pereira

- | | |
|---|---|
| <p>136: Exporter Firms Behaviour, Evidence From Portuguese Firms Using Microdata
Luís Pedro Manso Machado</p> <p>137: Collateral Value and Entrepreneurship: Evidence from a Property Tax Reform
Miguel Ferreira João Pereira dos Santos Ana Venâncio</p> <p>138: The Financial Channels of Labor Rigidities: Evidence from Portugal
Edoardo M. Acabbi Ettore Panetti Alessandro Sforza</p> <p>139: Can a small leak sink a great ship? A comprehensive analysis of the Portuguese household savings
Tiago Domingues Margarida Castro Rego</p> <p>140: Corporate taxes and high-quality entrepreneurship: evidence from a tax reform
Ana Venâncio Victor Barros Clara Raposo</p> <p>141: Built Like a House of Cards? - Corporate Indebtedness and Productivity Growth in the Portuguese Construction Sector1
José Santos Nuno Tavares Gabriel Osório de Barros</p> | <p>142: Effectiveness of Simplex: The Case of Portuguese Social Security
António Alberto Nifrário de Pinho Tavares</p> <p>143: Digital innovation in higher education: A questionnaire to Portuguese universities and polytechnic institutes
Paulo Nuno Vicente Margarida Lucas Vânia Carlos</p> <p>144: Portugal in the Global Innovation Index: A panel data analysis
Marcelo P. Duarte Fernando M. P. O. Carvalho</p> <p>145: Intangible investments and productivity performance
Michele Cincera Julie Delanote Pierre Mohnen Anabela Santos Christoph Weiss</p> <p>146: Digitalization in Two-sided Platform Competition
Filomena Garcia Muxin Li</p> <p>147: Collusion between two-sided platforms
Joana Pinho Yassine Lefouili</p> <p>148: Da confluência entre Big Data e Direito da Concorrência: As concentrações digitais - O caso Facebook/WhatsApp
Ana Rodrigues Bidarra</p> |
|---|---|

