



Universidades Lusíada

Sampaio, Carlos Manuel Pequito de Almeida, 1952-

O estranho caso de uma concentração

<http://hdl.handle.net/11067/6599>

<https://doi.org/10.34628/cmch-zs85>

Metadados

Data de Publicação

2020

Resumo

Com probabilidade a operação de concentração mais controversa e ainda não encerrada terá sido o controlo por aquisição entre a Facebook e a WhatsApp. Saber se o verdadeiro âmagô da operação teve a ver com questões de protecção de dados pessoais ou se só por si se tratou de uma concentração configurando um abuso de posição dominante foi discutido na ordem jurídica dos dois lados do Atlântico com argumentos e resultados opostos e ainda em 2020 a controvérsia e a diversidade de posições se mantêm....

Without little margin of doubt, the control by acquisition Facebook/WhatsApp, has been long the last decade, the nature itself of said operation, being simple or complex still remains matter of debate and not by a simple approach of view. And yet, both a competition law as well as a matter of personal data privacy the litigation between European competition regulators and the legal team advising Facebook will reach new arguments and controversies in the months to come....

Palavras Chave

Direito da concorrência, Facebook (Firma)

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 23-24 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-03T10:15:09Z com informação proveniente do Repositório

O ESTRANHO CASO DE UMA CONCENTRAÇÃO

THE STRANGE MERGER CONTROL FACEBOOK/WHATSAPP

Carlos de Almeida Sampaio ¹

Resumo: Com probabilidade a operação de concentração mais controversa e ainda não encerrada terá sido o controlo por aquisição entre a Facebook e a WhatsApp. Saber se o verdadeiro âmago da operação teve a ver com questões de protecção de dados pessoais ou se só por si se tratou de uma concentração configurando um abuso de posição dominante foi discutido na ordem jurídica dos dois lados do Atlântico com argumentos e resultados opostos e ainda em 2020 a controvérsia e a diversidade de posições se mantêm.

Palavras-chave: Concentração; Abuso de posição dominante; Protecção de dados pessoais; Controlo e tratamento de dados.

Abstract: Without little margin of doubt, the control by acquisition Facebook/WhatsApp, has been long the last decade, the nature itself of said operation, being simple or complex still remains matter of debate and not by a simple approach of view. And yet, both a competition law as well as a matter of personal data privacy the litigation between European competition regulators and the legal team advising Facebook will reach new arguments and controversies in the months to come.

Keywords: Abusive dominant position; Personal data protection; Relevant market; Collection and select use of data.

Sumário: Prólogo. 1. Introdução. 2. Da aquisição.

“If they stopped dancing around (the data) and started using it, it would be incredibly

¹ Doutor em Direito. Advogado. Professor na Universidade Lusíada de Lisboa.

powerful”, ELLIOT, N. (2013), “Facebook: Fighting for Social Supremacy”²

Prólogo.

Nos primeiros anos da última década do século XX e por recomendação amável de um amigo que vivia nos Estados Unidos recebi um convite para assessorar um empresa tecnológica sediada em Phoenix na negociação de um contrato de investimento a celebrar com o Estado português visando a instalação em território português de uma unidade industrial para produzir microprocessadores. Era na época em que Portugal, assegurado o reequilíbrio das finanças públicas e obtida a duplicação dos apoios financeiros das então Comunidades Europeias, privilegiava os projectos, mesmo os industriais como a Auto Europa, que vinham associados a uma das ideias-força da construção europeia do post-Guerra Fria: unir o mercado único europeu por um conjunto de trans-european networks e consolidar a união do mercado por uma união monetária com um elemento centripeto, o Banco Central Europeu, uma política monetária e cambial integradas e uma unidade de conta comum a todo o mercado geográfico da em breve União Europeia. Para o Executivo português da época, sendo Portugal, com um território deficientemente coberto por infraestruturas rodoviárias e ferroviárias, periférico no contexto do mercado comum europeu, a lógica das redes infraestruturantes fazia sentido. E a recuperação da indústria, em que fugazmente brilhara por instantes com o PEDIP a chama da inovação, rapidamente regressou a uma mais segura ortodoxia, a da “modernização” onde cabia quase tudo desde o têxtil à metalo-mecânica. Por essa época, as *transeuropean networks*, na concepção da política económica portuguesa e nas vertentes estratégicas definidas eram reais e não virtuais, como de resto o mercado, a oferta e a procura. E a ajuda estatal ao tal projecto de investimento foi chumbada. A empresa chamava-se Intel e iria ser líder mundial no mercado dos processadores, entre outros, logo a partir do início do século XXI.

Este episódio pessoal vem-me com frequência à memória quando escrevo sobre oportunidades perdidas. As linhas que seguem analisam, em termos de direito da concorrência, uma concentração de empresas. Como defendo nos próximos parágrafos, a concentração do universo Facebook e a aquisição da WhatsApp foi, essa para as autoridades de defesa da concorrência da União Europeia, também uma oportunidade perdida.

² Wagner, K. (Dezembro 2013), Mashable (edição digital), Mashable Inc., New York.

1. Introdução

No princípio de 2014, a Facebook, empresa que construíra e lançara no mercado uma aplicação de software para uma rede privada de comunicações via web, mais frequentemente designadas por redes sociais, anunciou a aquisição, por 19 mil milhões de USD, da WhatsApp, empresa que colocara no mercado uma popular aplicação de mensagens de texto e imagem para smartphones. A aquisição, pelo potencial efeito no mercado, foi objecto de apreciação ao abrigo das normas em vigor em matéria de concorrência, e ainda em 2014, pelas entidades reguladoras da concorrência da União Europeia e dos Estados Unidos³. É a leitura europeia desta operação que é tratada criticamente nas linhas que seguem.

Num primeiro momento – e numa leitura mais apressada do tema – dir-se-ia estarmos perante uma operação de concentração que, pela sua natureza, dimensão financeira e relevância de mercado seria sempre objecto de análise⁴ mais ou menos simplificada e mais ou menos estruturada por parte das autoridades que, na União Europeia e nos Estados Membros, têm por missão zelar pela manutenção e aperfeiçoamento das condições que permitam aos agentes económicos desenvolver a sua actividade num mercado livre e concorrencial. Embora essa não seja uma leitura consensual que resulte da jurisprudência dos agentes da União Europeia que defendem a concorrência, sigo desde há muito o entendimento segundo o qual a defesa da concorrência de mercado tutelada pelo Direito deve significar, no fim do dia, a prossecução do bem estar do consumidor final sob pena de ser desvirtuada a fundamentação teórica que sustenta o regime jurídico da concorrência das democracias representativas dos Estados da União como nos demais Estados da OCDE. Quer isto dizer que, para quem escreve, o quadro normativo da defesa da concorrência há de ter uma dimensão económica moral e uma sempre presente ética jurídica. Mas adiante.

É sobejamente conhecido que os procedimentos seguidos pelas entidades reguladoras seguem não normas jurídicas vinculativas ou orientadoras (*soft law*, em alguns casos), mas com frequência as orientações de política da concorrência definida pelas instituições europeias (com particular relevância para a Comissão Europeia) ou sinalizada pela jurisprudência sedimentada do Tribunal de Justiça da União Europeia. Mas a Comissão – e pelas próprias entidades de regulação da concorrência de cada Estado Membro – utilizam conceitos e métodos obtidos e validados pela Ciência Económica quanto aos objectivos e resultados mas que nem por isso deixam de ser casuisticamente utilizados sempre que uma nova

³ V. European Commission Decision C(2014) 7239 final, de 3 de Outubro de 2014

⁴ V. Regulamento Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”); ver ainda WHITE PAPER Towards more effective EU merger control Brussels, 9.7.2014 COM(2014) 449 final; COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL Report on the functioning of Regulation No 139/2004, Brussels, 18.6.2009 COM(2009) 281 final.

operação ou comportamento potencialmente anticoncorrencial lhes é apresentado como o caso das fusões e aquisições.

Sendo assim, importa revisitar as razões que determinaram a apreciação pela Comissão Europeia da aquisição em causa.

Num tempo de informação quase instantânea, global e constante, os recursos que permitem o acesso ao espaço virtual e a necessidade de alimentar os media levou a um crescimento exponencial do chamado jornalismo de investigação também, embora não apenas, nos domínios económico, empresarial ou financeiro. Dado a relevância, nomeadamente para os mercados bolsistas, das grandes empresas tecnológicas que produzem ou utilizam o mercado virtual, qualquer operação que as envolva implica uma quase imediata cobertura mediática. Isso aconteceu com a aquisição da Whats'App pela Facebook. E essa leitura mediática necessariamente atrairia a atenção das entidades reguladoras da concorrência se necessário fosse. O que não foi, uma vez que a própria Facebook, logo após o anúncio da operação notificou a mesma à Comissão Europeia, nos termos do Regulamento Europeu sobre Fusões e Aquisições⁵ tal como havia feito relativamente à Federal Trade Commission⁶. É, conseqüentemente, necessário concluir que o anúncio da operação pela Facebook, em Fevereiro de 2014, foi cuidadosamente elaborado e refletia, a contrario e pela omissão deliberada, a preocupação em que a operação não fosse vista como violando as normas antitrust e de defesa da concorrência tanto nos U.S. como na União Europeia. O ênfase foi colocado por Mark Zuckerberg (CEO da Facebook) nos benefícios que iriam resultar do facto de conectar, em rede, mais de mil milhões de consumidores.

Valerá a pena olhar para esta operação à luz de dois planos preliminares.

Primeiro, o dos fundamentos da avaliação prévia pela Comissão Europeia, enquanto entidade de regulação em sede de defesa da concorrência na UE. Nos termos do Regulamento Europeu sobre Fusões e Aquisições, Regulamento do Conselho (EC) n° 139/2004, revisto a partir da publicação, precisamente em 2014, de um *white paper* da Comissão Europeia que dava conta da necessidade de consultar os Estados membros e as autoridades interessadas ou entidades relevantes sobre um conjunto de matérias: eficiência e simplicidade do sistema de referência dos casos objecto de apreciação pela Comissão; simplificação dos procedimentos administrativos; reforço da coerência da disciplina jurídica das fusões e aquisições entre a regulamentação da União Europeia e as normas aplicáveis dos diversos Estados membros da União. E, ao mesmo tempo a Comissão reconhecia a necessidade de encontrar um compromisso entre uma prossecução totalmente eficiente e atempada eliminação e/ou proibição dos comportamentos ou conseqüências lesivas da concorrência em matéria de fusões e, por outro lado, o lastro procedimental e o peso burocrático e temporal da

⁵ Regulamento do Conselho (EC) n° 139/2004

⁶ Cfr. In Re Facebook. Inc., Decision and Order, No. C-4365 (2012), available at <http://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/092-3184/facebook-inc.>; e https://www.ftc/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatsappltr.pdf

implementação e os custos de eficiência que esse mesmo lastro iria impôr no funcionamento do mercado em concreto.

Nos termos do Regulamento sobre Fusões e Aquisições este aplica-se a casos com dimensão comunitária. O conceito de dimensão comunitária atribui uma competência própria à Comissão Europeia - e por *default* aos Estados Membros - e impõe uma fronteira externa no sentido em que todas as operações de concentração que seja detectadas como produzindo os seus efeitos dentro do mercado interno da União são obrigatoriamente notificadas à Comissão. É correcto afirmar que existem numerosas excepções mas os próprios termos do anúncio do conteúdo financeiro e de mercado da concentração Facebook/Whats'App excluía que fosse susceptível de ser invocada uma dessas excepções do mesmo modo que uma operação que tinha lugar entre duas empresas com sede nos U.S. e que se dedicavam à prestação de serviços no mercado mundial e no mercado virtual, por definição não teriam acesso ao modelo simplificado de notificação das fusões, conhecido por "one-stop shop" e que está disponível para operações e agentes que têm apenas dimensão europeia.

Operações de concentração que devam, por imposição legal, ser notificadas à Comissão Europeia devem igualmente ser suspensas nos seus efeitos até à decisão final da Comissão que dê o seu clearing incondicional ou, pelo contrário, defina um conjunto de condições que devem ser cumpridas pelas partes para que a mesma concentração possa produzir os seus efeitos e, no limite, proíba a realização da operação. A decisão da Comissão Europeia é, de acordo com o Direito da União Europeia, entendida como definitiva e deve ser comunicada às partes interessadas (e depois tornada pública) de acordo com um calendário apertado dada a dimensão dos interesses económicos em presença e também dado que, em caso de recusa, a via que resta é o recurso ao Tribunal de Justiça.

Interessa aqui, e para entender a Decisão da Comissão no caso Facebook/WhatsApp, recordar que o Regulamento sobre fusões e aquisições assenta num "*bright-line test*" para identificar as operações que devem ser submetidas a apreciação vinculativa, baseado na leitura do volume de negócios da empresa. A aplicação formal desse critério levaria a que, nos termos 1.2 e 1.3 do Regulamento, a fusão entre a Facebook e a WhatsApp não cairia na alçada do poder discricionário da Comissão Europeia - em matéria de decidir sobre se uma concentração violava ou não o Direito da UE em matéria de concorrência e constituía ou não uma ameaça para o mercado livre e conseqüentemente (embora não necessariamente) uma diminuição, imediata ou a prazo, do bem estar dos consumidores - já que o volume de negócios da WhatsApp não preenchia os critérios previstos no EMR⁷.

⁷ Constatam-se na verdade situações de mercado, crescentemente no mercado virtual, em que as transacções entre entidades que actuam exclusivamente no sector digital não atingem os limiares de volume de negócios previstos na regulamentação da UE para que determinem o seu exame pela Comissão Europeia já que envolvem uma ou várias empresas que prestam os seus serviços de forma gratuita ou quase gratuitamente. Foi esse o caso, como se referiu no corpo do paper, em Facebook/WhatsApp, já que à data da decisão da Comissão a WhatsApp era proposta aos utilizadores, no Reino

Esta critério de selecção é aplicado por via de regra, excepto se as partes na transacção tiverem um elevado volume de negócios em mercados a que não respeita a concentração analisada e que, nesses mercados, superem os limiares previstos pelo EMR. É aquilo que acontece, nomeadamente, - e aconteceu no caso em análise - quando as partes interessadas realizam com a prestação de um único serviço uma intervenção simultânea em dois mercados (“two-sided markets”) sendo que o serviço for free num mercado é “monetizado” no outro mediante marketing e publicidade como acontece nos casos de utilização de motores de pesquisa on-line ou no acesso a redes sociais mediante aplicações informáticas gratuitamente disponibilizadas como é o caso da Facebook. É útil a este respeito referir - até para a análise crítica contida em parágrafos posteriores - que, anteriormente a 2014, a Comissão analisara e decidira já quanto a diversos casos que encaixavam nesse padrão. Refiram-se, a título de exemplo, os casos Microsoft/Skype, Microsoft/Yahoo! e Oracle/Sun.

Apesar de, por aplicação dos critérios formais, esta e outras concentrações serem desprovidas de dimensão que as enquadre nos critérios de submissão obrigatória à apreciação e agrément pela Comissão Europeia, permitindo em consequência excluir a operação de uma avaliação rigorosa com recurso aos critérios utilizados nestes casos pela Comissão, o facto é que o volume e crescente importância do mercado virtual e dos produtos, serviços e agentes económicos vinha já anteriormente a 2014 a determinar o entendimento da Comissão, segundo o qual critérios qualitativos e não apenas quantitativos justificavam o seu envolvimento nos processos de concentração de empresas.

É afinal este o entendimento que se encontra expresso na Comunicação da Comissão relativa a um procedimento simplificado para o procedimento aplicado a certas concentrações nos termos do Regulamento (CE) n.º139/2004 (EMR) na qual a Comissão Europeia, embora detalhe o procedimento simplificado recorre ao que pode ser lido como uma “soft law regulation” mencionado expressamente nos parágrafos das “Salvaguardas e Exclusões”:

A Comissão reserva “(...) a possibilidade de decidir sobre a definição de mercados, baseando-se numa análise dos factos específicos do caso”. Quando se revele difícil definir os mercados relevantes ou determinar as quotas de mercado das partes, a Comissão não aplicará o procedimento simplificado. Além disso, na medida em que as concentrações envolvam questões jurídicas inéditas de interesse geral, a Comissão abster-se-á normalmente de adoptar decisões simplificadas e voltará, em geral, ao procedimento normal de primeira fase de concentrações. No seu ponto 8, a Comunicação dispõe ainda: “Se se pode normalmente presumir que as concentrações abrangidas pelas categorias referidas nos pontos 5 e 6 não levantarão sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno (leia-se *mercado livre e competitivo constituído geograficamente pelo território do conjunto dos Estados*

Unido e em Itália por um fee anual de subscrição de €0.89 bem como fora da União Europeia, para os clientes dos US e do Canada. Anteriormente, a WhatsApp havia também aplicado aos utilizadores um fee de subscrição anual, na Alemanha e em Espanha. A partir da concentração entre as duas empresas, os serviços da WhatsApp passaram a ser disponibilizados gratuitamente no mercado global.

membros), ocorrerão não obstante situações que justificarão, a título excepcional, um exame aprofundado e/ou a adopção de uma decisão normal”⁸. E segue: “ Nestes casos, a Comissão pode voltar ao procedimento normal de primeira fase das concentrações (*“there may nonetheless be certain situations which exceptionally require a closer investigation and/or a full decision. In such cases, the Commission may revert to a normal first phase merger procedure”*).

E, em 10, 11 e 12 da Comunicação, a Comissão é explícita:⁹

“The following are indicative examples of types of cases which may be excluded from the simplified procedure. (11.) The Commission is less likely to accept a proposed concentration under the simplified procedure if any of the special circumstances mentioned in the Commission’s Guidelines on the assessment of horizontal mergers are present. This includes instances where the market is already concentrated, where the proposed concentration would eliminate an important competitive force, where the proposed concentration would combine two important innovators, where the proposed concentration involves a firm that has promising pipeline products or where there are indications that the proposed concentration would allow the merging parties to hinder the expansion of their competitors. (12.) The same may also apply where it is not possible to determine the parties’ precise market shares. This is often the case when the parties operate in new or little developed markets. (13.) Certain types of concentrations may increase the parties’ market power by combining technological, financial or other resources, even if the parties to the concentration do not operate in the same market.”

Alguma elaboração doutrinária muito preliminar e muito orientada para um entendimento das operações de concentração envolvendo empresas do tipo de ao menos a Facebook colocou o acento tónico não nos limites do turnover das empresas à data das concentrações mas no facto de o mesmo volume de negócios não reflectir o potencial poder de mercado futuro das empresas de IT, segundo afirmam nomeadamente OCELLO e SJÖDIN¹⁰ numa recensão publicada em 2015 sob o título *“Lessons from the Facebook/WhatsApp merger case”*:

“One could take the view that turnover-based thresholds do not properly reflect the future market potential of an IT company, which may have limited revenue today but may be expected to expand quickly, as is common in IT sector”. Mas as mesmas autoras continuam: *“Another argument goes that turnover-based thresholds overlook the fact that personal data*

⁸ Na medida em que a versão em língua portuguesa suscita ao Autor, neste como em tantos outros casos, dúvidas de rigor e precisão, reproduz-se como texto de base a versão em língua inglesa: *“there may nonetheless be certain situations which exceptionally require a closer investigation and/or a full decision. In such cases, the Commission may revert to a normal first phase merger procedure”*.

⁹ Utiliza-se a versão em língua inglesa pelas razões referidas na nota anterior.

¹⁰ Cfr. ainda Ocello, Eleonora, Sjödin, Cristina (2018) *“Digital Markets in EU Merger Control: Key Features and Implications”* in Competition Policy International, Fevereiro 2018.

– as opposed to money – can be seen as the “new” currency with which consumers pay for the free services they receive via the Internet. Following either these lines of argument, the value of turnover as a proxy for a company’s competitive importance appears questionable”.

Como se procura demonstrar neste estudo um trade-off dados/serviços é desprovido de sustentação teórica e científica e corresponde a uma leitura com graves riscos precisamente para aquilo que as normas e o princípio da defesa da concorrência visam: o bem estar do consumidor e um mercado interno não apenas livre mas também animado pela ideia de *fairness*.

Os seguintes são exemplos indicativos de certos tipos de casos susceptíveis de serem

A análise e a apreciação do caso pela Comissão com recurso a um *normal first phase merger procedure* foi de resto fundamentada na sequência de uma pré-notificação apresentada pela Facebook ao abrigo do artigo nº 4.5 do EMR que, com fundamento na jurisprudência de casos anteriores, pretendia que a revista da operação pela Comissão Europeia beneficiasse do procedimento simplificado (“one-stop-shop”) o que não foi aceite.

Esta doutrina da Comissão Europeia é a que melhor protege o consumidor final. Até porque, com alguma frequência, as aquisições de parte ou da totalidade do capital social de empresas tecnológicas, orientadas para o mercado digital, - seja no plano da inovação (I&D + entrada bem sucedida num dos submercados digitais) seja no plano de variação da quota de mercado e de mercados agregados complementares ou diversificados mas em que a presença dominante conta porque, nomeadamente, a *trademark* influencia comportamentos quase automáticos da parte da procura (utilizadores finais) - ainda que não impliquem uma incorporação automática nas operações obrigatoriamente dependentes do parecer favorável da Comissão, têm potencial efeito no mercado competitivo ou expressão financeira quanto ao valor da transacção que são entendidas pela Comissão Europeia como merecendo um processo preliminar de apreciação enquanto entidade reguladora da concorrência efectiva no mercado interno.

À luz dos ensinamentos que podem ser retirados tanto da jurisprudência da Comissão como dos documentos de orientação ou clarificação que esta tem produzido em particular no período post-2015 deve entender-se que a Comissão Europeia vem operando correcções interpretativas dos critérios fixados no Direito derivado da Concorrência em matéria de operações de concentração. A aquisição da WhatsApp pela Facebook terá sido uma concentração com influência na jurisprudência europeia sem prejuízo de poder ter sido também relevante a atenção prestada à concentração e aos desenvolvimentos futuros pelas autoridades reguladoras da concorrência de, pelo menos, três Estados da UE.

Uma outra e interessante abordagem é a que decorre do facto de numa análise dos efeitos para o mercado em transacções de referência no mercado digital serem mais relevantes, em termos instantâneos, a capacidade de inovação tecnológica constante e a potencial rápida expansão da quota de mercado por razões tecnológicas que que o volume de negócios num exercício financeiro anual. Em termos meramente retrospectivos refira-se, para reforçar o entendimento de que o rationale da aplicação das normas de defesa da concorrência a mercado virtual em geral e a estas operações em particular, que ainda na presente década abundam os exemplos de operações de concentração no sector das tecnologias da informação que não atingiram, no mercado geográfico da União Europeia, os limiares de volumes de negócio previstos no EMR e conseqüentemente não foram notificados à Comissão¹¹.

A questão, uma das questões está em como é possível para alguns sustentar um acolhimento redutor dos limiares tendo por referencial o volume de negocio que prevaleceu, ainda que já em termos controversos, num caso de 2008¹².

É também de 2008 a preocupação crescente de algumas entidades reguladoras da concorrência expressa em termos formais junto da Comissão Europeia. A partir daí alguns Estados advogaram que os limites de turnover fixados no Regulamento fossem aditados por um modelo de teste que teria igualmente em linha de conta o valor financeiro da transação subjacente às concentrações realizadas.

Acresce que a evolução do Direito da Concorrência derivado, na União Europeia o desenvolvimento de um olhar mediático sobre qualquer operação que envolva determinados montantes ou determinadas entidades contribuíram para que seria uma verdade de evidência referir que o anúncio da aquisição da WhatsApp pela Facebook determinou um processo de apreciação da operação pela Comissão Europeia procurando analisar a mesma em termos de possível cumprimento ou incumprimento do Direito da Concorrência em vigor na União (e subsidiariamente nos seus Estados Membros).

Mas, como se pretende neste estudo demonstrar, é a própria decisão subsequente da Comissão que desperta desde logo algumas perplexidades.

2. Da aquisição.

A transacção Facebook/Whats'App foi avaliada em 2014 como a mais vultuosa operação, em termos financeiros, que até à data tinha envolvido empresas que desenvolviam a sua actividade económica no sector da economia

¹¹ V. , inter alia, a aquisição da Instagram pela Facebook em 2012 e a incorporação da Waze pela Google em 2013.

¹² V. Caso Google/DoubleClick de 11 de Março de 2008.

digital e no mercado virtual, não se tratando como referido supra de modo algum da primeira operação envolvendo empresas actuando nesse mercado a ser questionada pela Comissão Europeia em sede de cumprimento ou incumprimento das normas de Direito da Concorrência constantes do Tratado de Lisboa e do demais direito derivado da União¹³. Mas, a inevitabilidade dessa apreciação formal e publicitada resultou desde logo do preço pago e dos potenciais efeitos de rarefacção de *players* que, em resultado desta operação, levou desde logo a considerar, ainda no plano estrito dos eventuais ilícitos anticoncorrenciais, quais as consequência pretendidas e decorrentes dessa posição dominante acrescida que a Facebook passou, ainda mais intensamente, a deter no mercado de serviços prestados no contexto das redes sociais.

Para entender o interesse e a relevância que o caso Facebook/WhatsApp teve - e que os seus desenvolvimentos ainda têm - importa contextualizar. Ambas as empresas prestavam serviços no mercado das comunicações digitais e assentavam no mesmo postulado: a existência de uma *world wide web* que predefinía a natureza global do seu mercado alvo. Mas valerá a pena precisar um pouco mais. Ambas as empresas desenvolveram aplicações informáticas de *texting* para redes sociais e vocacionadas para o uso em smartphones. Ambas compreenderam, desenvolveram e assimilaram a tecnologia de transmissão de imagens e pequenos vídeos embora com respostas tecnologicamente diferentes.

Desde logo, uma pura abordagem quantitativa para uma primeira avaliação da dimensão do mercado se impunha. Mensagens de texto e redes sociais assumiam em 2014 e assumem hoje hoje uma muito elevada dimensão no mercado virtual e no recurso à web por agentes económicos públicos ou privados mas sobretudo por pessoas singulares, consumidores individuais, muitas vezes¹⁴ fora da sua actidade profissional. Tal como as aplicações que permitem o envio de mensagens de texto - como é o caso da WhatsApp - também as plataformas que sustentam as redes sociais têm aumentado exponencialmente em popularidade e volume desde 2010. Em 2014, a Facebook, era já, nos Estados Unidos e de acordo com um estudo académico precisamente editado dessa data, "the most popular and frequently used social media platform"¹⁵ entre os teenagers entre os treze e os dezassete anos de idade sendo a mesma utilizada por 71% da amostra populacional considerada para efeitos do mesmo estudo. É relevante ter em conta que, tanto a aplicação Facebook como a app para mensagens de texto WhatsApp,

¹³ V. casos Microsoft/Skype, 07/10/2007, Microsoft/Yahoo! Search Business, 18/02/2010 e Oracle/Sun Microsystems, 21/01/2010.

¹⁴ Uma sondagem realizada em 2015 no mercado norte-americano demonstrou que o adolescente dos Estados Unidos envia ou recebe uma média de 30 mensagens de texto diárias e que 97% dos possuidores de smartphones usaram mensagens de texto pelo menos uma vez por semana durante todo o ano de 2014 fazendo da app de software utilizada para as mensagens a maior e mais ampla app (em termos de mercado geográfico), a uma escala prospectivamente global.

¹⁵ LENHART, A. (2015) Teens, Social Media and Technology Overview, Pew Research Center, Abril 2015.

não implicavam para os utilizadores o pagamento de qualquer preço ou um custo financeiro a suportar pelo consumidor sem prejuízo da valia económica que significavam que os serviços prestados, a definição do mercado em que os serviços eram propostos e a operação aquisição/fusão pela sua expressão financeira e de mercado os qualificavam no seu todo como objecto de apreciação no quadro das normas de Direito da Concorrência tanto na União Europeia como nos USA¹⁶.

No entanto, uma análise cuidadosa da natureza destes serviços, das aptidões das apps, e da utilização e funcionamento das mesmas permitia ao menos colocar a questão de qual o valor e a unidade de conta que, independentemente do preço pago na transacção, atribuíam conteúdo económico e diferenciavam estes serviços dos serviços de interesse económico geral (SIEG's) que beneficiavam de uma derrogação constante do Tratado de Lisboa (TFUE): Utilizando a expressão hermética de STUCKE, "*the currency in these matters is data*"¹⁷.

O efeito da aquisição no mercado em termos de análise quanto ao cumprimento do Direito da Concorrência da União Europeia – como de resto no caso norte americano – não era claramente detectável.

É interessante notar em qualquer caso que, na análise da operação Facebook/WhatsApp, a Comissão Europeia apesar das reservas já levantadas em concentrações anteriores, envolvendo empresas de IT que operavam no mesmo mercado, como se referiu supra, apenas teve em conta o mercado dos serviços prestados no mercado virtual aos utilizadores finais, empresas ou pessoas individuais e o impacto que a mesma aquisição poderia ter nesse mercado, ignorando os efeitos que a mesma teve ou poderia vir a ter num elemento primordial da concepção e construção jurídico-económica do mercado concorrencial que é a dupla componente liberdade/lealdade (fairness).

E, segundo, a Comissão, se teve a prudência de adoptar a "versão longa" do processo de apreciação e autorização que permitiu à Facebook adquirir o capital social necessário ao controlo da WhatsApp, - necessariamente com fundamento e por aplicação da *soft law* enunciada nas "salvaguardas e exclusões" da Comunicação 366/04 de 14/12/2013 porque foi esta que veio reorientar a jurisprudência sobre o processo de apreciação das operações de fusão e aquisição, devendo ser entendida como aditando, nomeadamente quando as operações envolvem empresas dedicadas ao mercado das tecnologias da informação, a Comunicação da Comissão ao Conselho, de 18/06/2009, - apenas cuidou, na sua abordagem, dos fenómenos e comportamentos que tecnicamente já haviam sido identificados e não explorou afinal aquilo que a mesma tinha afinal enunciado ao referir em 2013 que no futuro as concentrações "poderiam envolver questões jurídicas inéditas de interesse geral".

¹⁶ V. supra.

¹⁷ Cfr. *Big Data and Competition Policy*, cit.

Vale a pena, para uma mais clara reflexão sobre este caso, passar em revista a jurisprudência imediatamente anterior quanto a operações que combinavam a concentração de empresas com a compreensão da medida da investigação e desenvolvimento orientados para o mercado virtual. O novo milénio coincidiu, necessariamente por acaso histórico, com uma brutal expansão da actividade económica na w.w.w.. O webmarket, confinado aos centros de investigação científica nas últimas décadas do último século, foi apreendido muito mais rapidamente pelos agentes económicos do que pelas entidades reguladoras do mercado e mesmo pelas entidades reguladoras sectoriais.

Até 2007 pode afirmar-se sem grande margem de erro que a própria noção de mercado virtual estava associada ao comércio electrónico e este, embora tecnologicamente inovador foi visto como um sucedâneo ou uma evolução no mercado global das vendas à distância ou por correspondência, figura que tanto do ponto de vista jurídico como do da Ciência Económica parecia não oferecer tema para uma reconstrução jurídica inovadora ou fracturante muito menos em termos de Direito da Concorrência. Assim, e dado que este parecia constituir o essencial da abertura desse novo mercado graças à tecnologia digital e às empresas que mais rápida e eficientemente entenderam as novas oportunidades, o e-commerce foi naturalmente o objecto privilegiado das alterações legislativas e da investigação jurídica e mesmo económica. E, no entanto, poucos anteciparam a alteração da estrutura e comportamentos de mercado que marcavam uma ruptura com o passado e o *game changer* foi, sem sombra de dúvida, o algoritmo que esteve na base do acesso ao mercado virtual e que alterou de forma duradoura os comportamentos dos *players* económicos o que se reflectiu, num novo entendimento dos delitos anticoncorrenciais.

Quando surgiram os primeiros contributos doutrinários, nos fins da primeira década deste século foi possível constatar que as primeiras controvérsias e as primeiras questões e respostas surpreendentemente inovadoras surgem nos US, em parte devido ao seu ADN antitrust que enxertara com sucesso as figuras procedimentais da common law e consequentemente uma prática de *private enforcement* que introduz a análise dos comportamentos potencialmente anticoncorrenciais nos juízos dos agentes económicos mas, sobretudo, também na leitura dinâmica que os reguladores, os tribunais e os cidadãos permanentemente realizam a esse respeito numa sociedade onde a informação económica faz parte do quotidiano.

Embora grande parte da doutrina que comentou desde 2015 a operação de aquisição da WhatsApp tenha correspondido, no essencial, a uma descrição anotada da decisão da Comissão Europeia sobre o caso, parte dos investigadores veio defender que a operação – não a decisão da Comissão mas as reinterpretações posteriores por parte de algumas entidades nacionais de regulação – assinalam uma mudança de paradigma em critérios e questões chave para um entendimento consolidado da fronteira que a defesa da concorrência deve traçar no mercado virtual.

Refira-se enfim, ainda que nos US a Federal Trade Commission (FTC) nunca comentou oficialmente a operação ou as suas implicações em sede de aplicação das normas antitrust constantes do ordenamento jurídico americano. Sem embargo, a C.P.O. (Chief Privacy Officer) do Bureau of Consumer Protection da FTC, Jessica Rich, enviou, em 10 de Abril de 2014, uma carta - cujo texto foi logo a seguir divulgado - aos C.E.O. da Facebook e da WhatsApp, carta essa em que advertia a Facebook quanto aos limites de utilização dos dados pessoais dos utilizadores da aplicação WhatsApp. Nessa carta pode ler-se que o Bureau “ (wanted) to make clear that, regardless the acquisition, WhatsApp must continue to honor its privacy promises to consumers”, acrescentando que se a Facebook, depois da fusão, pretendesse tratar ou utilizar os dados recolhidos pela WhatsApp de qualquer forma ou com qualquer propósito que fosse “materially inconsistent” com o compromisso da WhatsApp perante os seus utilizadores aquando da recolha dos dados, “Facebook first must obtain the individual’s affirmative consent”. Na mesma carta a Facebook é advertida “not to misrepresent the extent to which it maintains, or plans to maintain, the privacy or security of WhatsApp user data”¹⁸.

Apesar do conhecimento público desta posição do Bureau of Consumer Protection da FTC, a Comissão Europeia entendeu considerar a operação nos estritos termos da jurisprudência adquirida em matéria de Direito da Concorrência e considerar que a gestão da base de dados pessoais em matéria de recolha, tratamento e objectivos deveria apenas ser entendida como questão relevante quanto á protecção dos dados e da privacidade dos utilizadores. Mesmo assim, a Comissão Europeia entendeu que a protecção dos consumidores finais era, em tese, relevante para a defesa do mercado concorrencial. No entanto, para a Comissão, a operação “*would only raise competition concerns if the concentration of data within Facebook’s control were to allow it to strengthen its position in advertising*”.

Ora, analisando esta dimensão, a Comissão concluiu que “(there) are currently a significant number of market participants that collect data alongside Facebook”, referindo nomeadamente a Google que segundo a Comissão “*accounts for a significant portion of the Internet user data and companies such as Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp, among others*”.

Seguindo esta linha de raciocínio, a intersecção entre a recolha e tratamento de dados e a defesa da concorrência situava-se unicamente no plano das quotas de mercado. Não nos é possível concordar com esta abordagem que implica a simplificação, para não dizer o desconhecimento, das variáveis do mercado virtual e do *rationale* do comportamento, nesse mesmo mercado, da Facebook.

De uma leitura atenta e interpretativa da decisão da Comissão Europeia sobre o caso Facebook/WhatsApp resulta, na nossa opinião um inexplicável desequilíbrio: perante a maior concentração (em termos financeiros) até então realizada entre empresas que tinham por fundamento o mercado virtual e

¹⁸ Cfr. Rich, Jessica (2014) in https://www.ftc/system/files/documents/public_statements/

operavam exclusivamente neste (*digital market-driven*), a Comissão recorreu a um entendimento clássico (e, até por isso, por isso insuficiente) dos conceitos e objectivos do Direito europeu da concorrência: dimensão da quota de mercado como medida do poder de mercado das Facebook e WhatsApp; e protecção do consumidor (mas nem sequer emulando os *caveat* do Bureau of Consumer Protection da Federal Trade Commission), concluindo que a operação não era susceptível de reduzir a concorrência no mercado das *texting apps*. Embora reconhecendo que um dos parâmetros da concorrência não traduzidos no preço eram “*privacy and security, the importance of which varies from user to user but which are becoming increasingly valued, as shown by the introduction of consumer communications apps specifically addressing privacy and security issues*”, a Comissão transcreve, na decisão sobre o caso, as diferenças entre as consumers’ policies em matéria de protecção da privacidade do utilizador mas para demonstrar que a Facebook e a Whats’App não eram competidores entre si no mercado das aplicações de texto... Refira-se ainda que a Comissão entendeu como não significativos os custos em que os consumidores incorreriam se pretendessem mudar para uma outra aplicação de comunicações via www; e concluiu que “*while network effects exist in the market for consumer communications apps, they are unlikely to shield the merged entity from competition from new and existing consumer communications apps*”.

Uma última linha de entendimento desta operação pela Comissão Europeia significou a apreensão da natureza gratuita (em termos monetários) da possibilidade de os consumidores finais procederem ao download da app e imediata construção da sua rede social em sentido estrito e subsequente comunicação com outros terceiros, de um modo geral, consumidores finais. É aqui que se encontra uma primeira diferença de vulto entre as duas empresas; a Comissão Europeia partiu do entendimento segundo o qual tanto a Facebook como a WhatsApp haviam criado, desenvolvido e colocado no mercado, europeu e global, aplicações populares de *texting* para smartphones. Concorrendo até 2014 com a WhatsApp, a Facebook detinha e promovera a app Facebook Messenger e a plataforma de imagem e vídeo partilhados Instagram. Os consumidores finais, em crescimento exponencial, utilizaram essas aplicações para comunicar por texto, por voz e por vídeo e essa tendência mantinha-se em 2014, à data da aquisição. Em 2014, 300 milhões dos 1.300 milhões de utilizadores da app de acesso à rede social Facebook usavam já a aplicação Facebook Messenger¹⁹.

A Facebook desde o lançamento da sua aplicação para redes sociais optou, em termos de política de empresa, pela possibilidade de as mesmas serem descarregadas gratuitamente pelos consumidores finais. O desígnio comercial anunciado, num primeiro momento, foi o de obter receitas pela venda de espaço virtual para publicidade on line. Mas num segundo momento e em função do

¹⁹ Cfr. Decisão da Comissão Europeia, C (2014), 7239 final, 3 de Outubro 2014.

crescimento exponencial do seu mercado a Facebook decidiu implementar novas ferramentas informáticas que aumentavam a sua capacidade de recolha e utilização de dados pessoais relativos aos utilizadores das suas app nos equipamentos móveis, não apenas smartphones mas também computadores portáteis, tablets e outros equipamentos móveis de acesso fácil (e facilmente localizáveis).

As práticas utilizadas pela Facebook foram desde cedo objecto de análise e crítica por organizações de consumidores questionando a política da Facebook não apenas em matéria de protecção de dados pessoais mas, também, em matéria de concorrência no mercado das redes sociais. Como foi referido em 2014 por uma dessas organizações, *“Facebook messaging is notorious for its extensive data collection practices. When Facebook revamped its messaging system in November 2010, it automatically opted in all Facebook users and initially disabled user’s ability to delete individual messages. Without user consent, the new messaging system also pulled data from Facebook’s social graph to prioritize messages from certain users. Currently, even when users delete a message, it continues to be stored on Facebook servers. At the end of 2013, Slate reported that even when a user chooses not to send a message Facebook still tracks what the user wrote”*.

No contexto deste mercado - que é aquele a que se reporta a aquisição da WhatsApp pela Facebook - os dados pessoais (e privados) são uma importante dimensão da concorrência que não assenta nos preços de mercado dos serviços em causa. Até ao momento da aquisição, os consumidores podiam escolher entre duas aplicações globalmente conhecidas as quais detinham a maior quota de mercado e com políticas corporativas muito diferentes. Julgo pacífico referir que a escolha do consumidor corresponderia então a um *trade-off* em matéria de privacidade/preço. Com a aquisição, seria avisado analisar em que medida esse elemento de livre escolha, tão essencial a um mercado competitivo, desapareceu. E, como foi vista esta aquisição no mercado interno da União Europeia?

Já antes de 2014 diversas organizações não governamentais orientadas para a protecção do consumidor, nomeadamente influentes associações de defesa do consumidor /utilizador final vieram a público e aos tribunais criticar fortemente os métodos e as aplicações da Facebook, não só em matéria de protecção de dados mas também em sede de concorrência. E se é correcto afirmar que, no quadro temporal da operação, existia uma diferenciação significativa entre os produtos colocados no mercado pelas duas empresas e permitiam uma clara opção entre as duas aplicações e os serviços de texting disponíveis do mercado, só por si essa constatação não basta para afastar os possíveis efeitos anticoncorrenciais daquela resultantes.

Na sequência da notificação pelas Facebook e WhatsApp, a Comissão Europeia abriu, ainda em 2014, um processo de apreciação da operação no sentido de averiguar da compatibilidade da operação com as normas europeias sobre concorrência correspondendo, de resto, às normas processuais existentes desde a aprovação do Regulamento nº 139/2004, em vigor desde 1 de Maio de

2004. Uma abordagem possível seria a de usar métodos de análise destinados a aferir se a operação implicava um aumento não-transitório ainda que pequeno do preço a que os serviços eram colocados no mercado, reduzindo a escolha dos consumidores e consequentemente alterando as condições concorrenciais do mercado. Mas, neste caso, os dados não eram transacionados no mercado e a Facebook, empresa adquirente, colocava gratuitamente, e neste mesmo mercado, os serviços de acesso e operação de uma rede social e uma aplicação de *texting*.

De algum modo, a política corporativa da WhatsApp era, em 2013, significativamente diferente da Facebook. A WhatsApp não vendia espaço para publicidade *on line* junto dos utilizadores e não tinha uma prática de recolha de muitos dados pessoais sobre os utilizadores da sua app. A empresa cobrava, em alguns mercados geográficos, um fee de USD 0,99 uma só vez no momento do download da aplicação - no caso dos utilizadores de smartphones iPhone - e, no caso de utilizadores de modelos com recurso a outras tecnologias, nomeadamente android, o download era gratuito, tinha a validade de um ano e, a partir do final do mesmo, a renovação do serviço era anual e sujeita ao pagamento de um fee anual de USD 0,99²⁰.

Os termos de utilização referiam expressamente que a WhatsApp não utilizaria a sua aplicação “to collect names, emails, addresses or other contact information from its users’ mobile address book or contacts lists other than mobile phone numbers”²¹. A partir da fusão o download e utilização passaram a ser gratuitos. Comissão Europeia realizou a sua apreciação tendo em conta essa evolução favorável no preço pago pelos consumidores no mercado interno e dos Estados Membros que apenas exigia uma alteração comportamental dos consumidores nesse mercado e que não se traduzia no aumento do preço.

É interessante notar que neste mercado os comportamentos concorrenciais ocorrem em diversos níveis de actuação de mercado por parte do prestador de serviços:

A análise realizada pela Comissão Europeia deve ser interpretada em diversos planos e a própria Comissão explorou linhas de análise complementares que são comentadas nos parágrafos seguintes assumindo como postulado que, embora no universo virtual, as empresas concorrem em mercado livre, eficiente e competitivo, na linha do que tinha sido adquirido no caso da fusão entre a Google e a Double Click.

Neste caso há desde logo que reconhecer que a Comissão Europeia não se limitou, na sua análise, a explorar os possíveis efeitos da operação no mercado do marketing e publicidade online mas examinou também o impacto da acumulação de dados recolhidos e tratados à luz da teoria do dano (também ao consumidor final) causado no mercado concorrencial relevante. Como é

²⁰ A partir de 2016 o serviço prestado pela WhatsApp passou a ser totalmente gratuito à semelhança do Facebook.

²¹ Cfr. *WhatsApp Privacy Policy*, 2012 cit. pelo Electronic Privacy Information Center em “In Re WhatsApp”, Washington, 2016.

possível ler na própria comunicação da decisão da Comissão esta começou por identificar o facto de a Facebook oferecer a sua plataforma de rede social e a sua aplicação de *texting* para obter como contrapartida a recolha e manutenção de um volume significativo de dados: “Facebook collects data regarding the users of its social networks platforms and analyses them in order to serve advertisements on behalf of advertisers, which are “targeted” at each particular user of its social networking platforms”²². No entanto, como a WhatsApp, antes da fusão, não recolhia os dados dos seus utilizadores para fins de marketing e publicidade, a Comissão entendeu que a aquisição “(did) not increase the amount of data potentially available to Facebook for advertising purposes”.

Dado que tal política corporativa poderia vir a ser alterada após a fusão, a Comissão Europeia considerou duas hipóteses de dano no mercado concorrencial: 1) introdução de mensagens publicitárias na WhatsApp e/ou 2) o uso da WhatsApp como potencial fonte de dados sobre o utilizador com o objectivo de melhorar o “targeting” das actividades de marketing e publicidade da Facebook (excluindo essas actividades pela WhatsApp).

De acordo com a primeira hipótese, a Facebook poderia “(to) introduce targeted advertising on WhatsApp by analysing user data collected from WhatsApp users (which would) have the effect of reinforcing Facebook’s in the online advertising market or sub-segments thereof”. Segundo a decisão publicada, a Facebook poderia vir a introduzir mensagens publicitárias na WhatsApp mas, dada a estratégia post-fusão que fora comunicada à Comissão Europeia, a Facebook entendeu não encontrar aí qualquer vantagem comercial. Em termos simples, isso significava que a Facebook poderia fazê-lo mas não via aí qualquer interesse financeiro ou de mercado.

Mas, sobre isso, a Comissão entendeu que, mesmo que a Facebook optasse depois da fusão por uma política diversa, “will continue to be a sufficient number of other actual or potential competitors who are equally well placed as Facebook to offer targeted advertising”²³. Tal entendimento aponta no sentido de que a Comissão afastou com este fundamento a primeira possibilidade de dano do mercado em causa que fora enunciada e referida linhas atrás. Mas, no entendimento de parte da doutrina construída em redor deste caso, tal significou que a preocupação primária da Comissão Europeia terá sido a empresa competidora ou potencialmente competidora e não o utilizador final.

A segunda hipótese de dano supra referida que a Comissão levantara e que terá analisado considerava as eventuais implicações anti-concorrenciais da operação se orientada para a aquisição de dados. Do que foi divulgado entende-se que a Comissão terá questionado a Facebook sobre se esta visava utilizar os dados dos utilizadores da WhatsApp “to better target them elsewhere” na aplicação de rede social Facebook, ou seja, em termos de mensagens publicitárias

²² Cfr. Decisão da Comissão Europeia, C (2014), 7239 final, 3 de Outubro 2014.

²³ Ibidem

orientadas pelo perfil do utilizador. Também pelo que foi divulgado a Facebook terá informado a Comissão Europeia que “has no current plans to modify WhatsApp collection and use of data” acrescentando porém que, no futuro post-aquisição, as orientações e a política da sociedade incorporada poderiam ser repensadas.

Para M. Stucke, a decisão da Comissão Europeia “ represents the vanguard of the current analysis of data-driven mergers in multi-sided markets, where the product or service is free.”²⁴. No entanto, alguns investigadores levantaram, logo a partir de 2015, a bondade da análise da Comissão.

A primeira linha de crítica assentou desde logo na análise dos mercados e do entendimento dos dados realizada pela OCDE que em relatório sobre o tema manifestou que “assessing the market value and market concentration through the economic value of personal data will also not be very helpful in most cases as data has no intrinsic value and its value depends on the context of its use.

Segundo, como correctamente observou Eleanora Ocello²⁵, a Comissão referiu que “*even if Facebook were to collect and use data from WhatsApp for advertising purposes, the transaction would not raise competition concerns because large amounts of valuable user data would remain available to competitors beyond Facebook’s control.*”. Na verdade, outras empresas, concorrentes da Facebook no mercado virtual podem deter bases de dados pessoais de dimensão e profundidade relevantes. Mas os dados que, por exemplo a Google, recolhe e analisa podem não ser relevantes para a Facebook. Do mesmo modo, outras empresas podem actuar no mesmo mercado e, no entanto, não ter o tipo de dados que a Facebook passou a controlar após a fusão e que representavam uma vantagem competitiva e um maior poder de mercado.

Terceiro, os dados pessoais não são um bem público. E, no entanto, da decisão da Comissão Europeia parece transparecer esse entendimento uma vez que concluiu que a agregação dos dados pessoais da Facebook e da WhatsApp “*would not provide them with a unique non-replicable advantage, because competitors would be able to obtain large amounts of data or data analytics services in other ways, for instance, from data brokers or data analytics services providers, or by collecting and analysing data themselves*”²⁶.

De um ponto de vista do *enforcement* das normas europeias da concorrência, estas conclusões parecem ignorar que existe, em matéria de dados pessoais, uma distinção fundamental entre dois tipos dados associados a diferentes práticas de recolha e tratamento de dados e que a recolha e tratamento de um volume elevado de dados nomeadamente com recurso a variações e modelos algorítmicos caracterizados pelos denominados 4 V’s: volume, velocidade (de recolha, acesso, tratamento e análise), variedade e valor (que decorre dos V’s

²⁴ Cfr. STUCKE, M., GRUNES, (2016) *Big Data and Competition Policy*, ed. Oxford University Press, Oxford

²⁵ Op. cit.

²⁶ Cfr. Decisão cit.

anteriormente anunciados) e que são habitualmente designados por *Big Data*. Se estamos perante uma matéria que desde logo levanta questões do ponto de vista jurídico em sede de protecção de dados pessoais também é inquestionável que o poder de mercado inerente ao acesso e tratamento dos *Big Data* obriga a uma equação dos mesmos quanto à defesa da concorrência e ao entendimento à luz da política de concorrência prosseguida.

Foi esta a abordagem que, desde 2016, foi seguida pela Bundeskartellamt, a autoridade da concorrência federal alemã que, em Março de 2016, iniciou uma investigação sobre as práticas da Facebook e a eventual violação da legislação anti-trust alemã e do artigo 102º da Tratado de Lisboa. Essa investigação resultou de um precedente litígio nos tribunais cíveis alemães junto dos quais as entidades de protecção de dados de diversos Estados federados e associações de protecção dos consumidores haviam impugnado os termos e condições de utilização que a Facebook impunha aos utilizadores. Apesar de decisões judiciais e aplicação de coimas, a Facebook entendera optar por não acolher o resultado dessas decisões, mantendo inalterados os termos e condições de utilização das suas aplicações e serviços. Há que admitir que foi essa política corporativa da Facebook – que em Julho de 2020 de resto se mantinha – que determinou o início de um processo de investigação pelas autoridades federais alemãs ao abrigo das Secções 1 a 19 da lei da concorrência alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*) que culminou numa decisão condenatória em 6 de Fevereiro de 2019.

De acordo com a decisão da autoridade da concorrência alemã a questão da recolha, tratamento e armazenagem de dados (que tinham a configuração e as questões jurídicas inerentes aos *Big Data*) foi entendida como relevante em matéria de regulação legal da defesa da concorrência e, no caso concreto, a prática, os termos e condições de utilização de dados da Facebook constituíam uma violação da Secção 19 da *GWB* que sanciona os abusos de posição dominante.

Nos termos da decisão da autoridade alemã da concorrência a Facebook detém uma posição dominante no mercado alemão de redes sociais. A mesma decisão leu a Facebook como um agente económico intermediário numa rede de mercado multipolar. Considerando que a Facebook se financiava pela colocação no mercado virtual de publicidade dirigida, a decisão alemã entendeu que para efeito de aplicação das normas de defesa da concorrência o mercado relevante era necessariamente o mercado do utilizador privado final não apenas detentor dos dados pessoais mas destinatário da publicidade dirigida. Ainda nos termos da mesma decisão, esse mercado relevante excluía as redes sociais profissionais como é, nomeadamente, o caso da LinkedIn e ainda outros serviços disponíveis para o utilizador privado como Snapchat, YouTube ou Twitter na medida em que estes oferecem apenas parte dos serviços de uma rede social. Em consequência, com uma quota de mercado superior a 80% e com os efeitos competitivos que beneficiam a Facebook no mercado relevante, incluindo o facto de os *network effects* determinarem uma barreira agravada à entrada da concorrência no mesmo mercado, a autoridade alemã para a concorrência entendeu verificados

todos os pressupostos para entender a Facebook como entidade dominante no mercado identificado e daí proceder a uma investigação por alegada violação do artigo 102º do Tratado de Lisboa (TFUE).

Segundo a Bundeskartellamt, a implementação do uso e tratamento de dados bem como a alteração unilateral dos termos e condições de utilização dos serviços e aplicações colocadas pela Facebook no mercados das redes sociais e mercados interconectados não apenas infringem a legislação alemã em matéria de protecção de dados pessoais mas igualmente violam a secção 19(1) do GWB “*in the form of exploitative terms pursuant to the general clause of Section 19(1) GWB*”.

A Bundeskartellamt entendeu como jurisprudência que sustentava a sua leitura, duas sentenças proferidas contra a Facebook pelos tribunais federais da RFA que condenavam esta pela prática de preços excessivos e por um entendimento ilegal das condições e termos de utilização o que deveria ser entendido como práticas de exploração abusiva do mercado. Cabe referir que a Facebook ignorou até 2019 aquelas decisões judiciais não alterando qualquer das suas práticas de mercados sancionadas pelos tribunais alemães.

Refira-se que o Tribunal Federal de 2ª Instância entendera que, nos termos da lei civil em vigor em matéria de cláusulas contratuais gerais, deveriam ser aplicadas as disposições da lei civil que limitavam o poder contratual de uma das partes quando esta exclui por completo a possibilidade da outra parte ter intervenção na construção dos termos e cláusulas contratuais o que, de acordo com a jurisprudência alemã subscrita pela autoridade federal de defesa da concorrência, significava uma total falta de autonomia do consumidor em matéria de disposições contratuais ferindo a própria natureza contratual da relação entre Facebook e consumidor e consubstanciando a mais grave forma de abuso de posição dominante e a negação da essência de uma actividade económica em mercados livre e concorrencial. A Facebook, sempre no entendimento alemão, tinha uma prática no mercado das redes sociais e aplicações conexas (bem como em matéria de actividades de conteúdo económico que parcialmente a financiavam) que configurava uma violação permanente e continuada das normas de defesa da concorrência, tanto da União Europeia como da RFA.

Foi com esta fundamentação que pode ser revisitada pela leitura integral da decisão da Bundeskartellamt que esta entendeu proibir as designadas práticas predatórias da Facebook e impor alterações dos seus termos e condições de utilização.

Mais de um ano depois, em Junho de 2020, tanto a Comissão Europeia como a FTC não emitiram ainda coincidentes decisões condenatórias da Facebook da sua política comercial e das suas práticas (no mínimo predatórias) o que permite questionar a abordagem da defesa da concorrência nos US e na União Europeia.

Trata-se, no final do dia, de um estranho caso em que a incoerência entre política de concorrência e práticas predatórias no mercado virtual é manifesta e a prática reiterada da Facebook, ignorando as normas antitrust da União, continua a ser, (desde 2014 e pelo menos até ao Verão de 2020 quando estas linhas acabam de ser escritas), o “nome do jogo”.