DIREITO DA CONCORRÊNCIA E *BIG DATA*: PONTO DE SITUAÇÃO E PERSPETIVAS

Tânia Luísa Faria[*]

Abstract: *The growing economic relevance of consumers' big data is increasingly gathering the attention of scholars and competition authorities, in particular to what concerns mergers and acquisitions, market power and abuse of dominance. This article aims to characterize the consumer big data "ecosystem" and its main distinctive characteristics and contribute to the ongoing debate in what concerns the sufficiency of the classical competition law tools to address potential competition law issues within this context, as well as to the concrete borders between competition law, on one hand, and data protection and consumer law, on the other.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O enquadramento económico da utilização comercial de *big data* de consumidores. 2.1. Caracterização geral de *big data* de consumidores. 2.2. *Big data* e barreiras à entrada no mercado. 3. O potencial anticoncorrencial do controlo de *big data*. 3.1. Potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de controlo de concentrações. 3.2. As potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de abuso de posição dominante. 4. Os limites do direito da concorrência na regulação de *big data*. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na última década, assistimos ao aumento exponencial da produção de dados, em face dos desenvolvimento e da difusão das Tecnologias de Informação, em particular na sequência da utilização intensiva da Internet como ferramenta laboral, comercial, social e lúdica. Estes desenvolvimentos permitiram a recolha e análise de dados numa escala sem precedentes.

---

* Advogada da Sociedade de Advogados Uría Menéndez – Proença de Carvalho; Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Este artigo reflete o entendimento pessoal da autora relativamente às matérias nele incluídas.

Com efeito, estudos especializados apontam no sentido de que 90% dos dados existentes no plano mundial foram recolhidos nos últimos anos[1]. Além disso, a produção diária de dados é superior a dois *exabytes*, o que equivale, *grosso modo*, a uma magnitude bem superior a dois mil milhões de *gigabytes*.

A informação resultante desta abrangente recolha de dados tem sido comumente designada *big data*, noção que traduziremos livremente, para o propósito deste trabalho, como correspondendo a macrodados, ou grandes volumes de dados.

Apesar do entusiasmo que esta categoria de informação tem suscitado, em particular na literatura económica, a definição concreta do seu objeto não é consensual, até porque a magnitude e a capacidade de armazenamento e tratamento de macrodados está em constante evolução[2]. Para efeitos deste artigo, será suficiente que nos centremos na definição mais habitualmente utilizada, que caracteriza os macrodados com base nos denominados 3Vs: volume, velocidade e variedade, a que mais recentemente foram acrescentados o V de valor, o V de veracidade e diversos outros Vs que, em nosso entender, já se afigurarão mais periféricos[3].

Estes dados incluem informação tão distinta como sinais de GPS, sensores térmicos, registos de compras *online*, publicações em redes sociais e até os muito difundidos "vídeos de gatinhos e bebés". Uma parcela significativa destes dados, e aquela em que se centrará o nosso estudo, respeita a informação pessoal de utilizadores, *i.e.*, dados que descrevem aspetos da pessoa que gera esses dados, como, por exemplo, dados relativos à localização, hábitos de consumo ou historial de pesquisas *online*, que são recolhidos em plataformas *online*, tipicamente, para utilização comercial. De fora ficam, desde logo, os macrodados com finalidades industriais, *i.e.*, os grandes volumes de dados recolhidos por equipamento industrial, que têm especificidades que se refletem necessariamente no seu potencial de negócio, que não abordaremos nesta sede.

---

1 Estatísticas relativas à magnitude desta recolha de informação disponíveis em https://www-01.ibm.com/software/data/bigdata/what-is-big-data.html e http://www.northeastern.edu/levelblog/2016/05/13/how-much-data-produced-every-day/.

2 Arthur, Lisa, What is Big Data?, disponível em https://www.forbes.com/sites/lisaarthur/2013/08/15/what-is-big-data/#40315b3b5c85.

3 Firican, George, The 10 Vs of Biga Data, disponível em https://upside.tdwi.org/Articles/2017/02/08/10-Vs-of-Big-Data.aspx?Page=2 (consultado em 16.04.2017). Conforme referem Rubinfeld & Gal, "*the term "big data" relates to volume rather than content*" – Rubinfeld & Gal, 2016: 7.

A relevância económica deste tipo de informação foi realçada por vários autores e organizações. O Fórum Económico Mundial denominou os macrodados pessoais como "*a new asset class*"[4] e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico ("OCDE") observou que o acesso a *big data* desta natureza representa um ativo económico chave que pode constituir uma vantagem concorrencial para as empresas[5]. Foram também designados por alguma doutrina, bem como por responsáveis de autoridades reguladoras, como a moeda dos mercados *online*[6], sendo, ademais, comparados com o petróleo e até, numa visão mais desencantada, com uma espécie de "banha da cobra" digital[7].

Veremos, ao longo deste artigo, a precisão, ou imprecisão, destas caracterizações e a relevância económica destes ativos, em particular no âmbito da economia digital. Procuraremos ainda traçar o panorama geral da interseção entre direito da concorrência e a utilização comercial de macrodados de consumidores, fazendo um ponto de situação das iniciativas levadas a cabo neste âmbito, na União Europeia ("UE") e nos Estados Unidos da América ("EUA"), ponderando, em particular, por um lado, a suficiência dos quadros clássicos de análise jusconcorrencial nesta sede, e, por outro, a delimitação adequada das fonteiras em relação a áreas limítrofes da regulação desta temática, *i.e.*, o direito do consumidor e as normas relativas à proteção de dados pessoais.

2. O ENQUADRAMENTO ECONÓMICO DA UTILIZAÇÃO COMERCIAL DE *BIG DATA* DE CONSUMIDORES

Neste capítulo, procuraremos, em primeiro lugar, considerar devidamente, na medida em que tal releva para os efeitos deste trabalho, e sem pretender exaurir o tema, as características essenciais dos grandes volumes de dados de consumidores recolhidos por operadores económicos, bem como a utilização comercial destes, e, subsequentemente, extrair as necessárias ilações em termos de suscetibilidade de barreiras à entrada nos mercados hipoteticamente

4 Fórum Económico Mundial, 2011.

5 *Vide*, por exemplo, o relatório da OCDE, 2013: 319 e ss.

6 Kanter, James, *Antitrust Nominee in Europe Promises Scrutiny of Big Tech Companies*, disponível em http://bits.blogs.nytimes.com/2014/10/03/antitrust-nominee-in-europe-promises-eye-on-big-tech-companies e Wyatt, Edward, *Raising the F.T.C.'s Voice, Softly*, disponível, http://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-tradecommission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html.

7 Moss, Simon, *Big Data: New Oil or Snake Oil*, disponível em https://www.wired.com/insights/2014/10/big-data-new-oil-or-snake-oil/.

relevantes nesta sede, potencialmente ocasionadas pelo acesso a esta tipologia de informação.

2.1. Caracterização geral de *big data* de consumidores

De forma a percebermos mais claramente as implicações económicas e, consequentemente, jusconcorrenciais, do acesso a macrodados de consumidores, importa não perder de vista, desde logo, que as empresas acedem a *big data* de natureza pessoal, essencialmente, para melhorar a sua oferta, utilizando-os, tipicamente, como ferramenta de gestão, de *marketing* e de limitação de riscos[8].

Neste âmbito, a recolha e tratamento de dados pessoais pode traduzir-se em vantagens para as empresas, para os consumidores e para a economia globalmente considerada, contribuindo para expandir o conhecimento das empresas relativamente aos seus clientes, para identificar clientes interessados em certos produtos, para prever padrões de consumo, para melhorar e personalizar a oferta, reduzindo, consequentemente, os custos de operação e permitindo, desejavelmente, uma oferta mais competitiva e mais ajustada às preferências dos consumidores. Por outro lado, pode ainda contribuir para a adequada gestão de riscos, ajudando as empresas a verificar identidades e a detetar fraudes, o que se afigura particularmente importante, por exemplo, no setor financeiro e segurador, no sentido de ultrapassar problemas de assimetria informativa, *maxime* de seleção adversa.

Estes dados podem ser recolhidos pelas empresas que deles necessitam ou podem ser adquiridos por estas a empresas que se especializam na recolha, tratamento e comercialização de macrodados pessoais de consumidores.

Com efeito, grandes retalhistas *online*, como, por exemplo, a *Amazon*, têm capacidade para, no essencial, recolher diretamente os dados para estes efeitos, ao passo que outros recorrem ao que a OCDE designa "*Big Data ecosystem*", e que inclui plataformas *online*, tal como redes sociais, motores de busca e plataformas de comércio *online*, fornecedores de infraestruturas de gestão de grandes volumes de dados, incluindo *clusters* informáticos e *clouds*, bem como corretores de dados (*data brokers*), que recolhem informação de fontes públicas *online* (incluindo blogues e redes sociais) de outros operadores económicos, incluindo comerciantes, e até informação disponível de fontes estatais, e

8 Para mais desenvolvimentos relativos a esta atividade de intermediação, *vide* o estudo da *Federal Trade Commission* ("FTC"), 2014.

posteriormente a tratam e disponibilizam aos agentes económicos que deles necessitam[9].

Importa ainda apreciar, de forma mais detida, o modelo de negócio das plataformas *online*, em especial redes sociais e motores de busca. Este modelo de atividade, com acesso a grandes volumes de dados de utilizadores, revelou-se altamente rentável e estes operadores tornaram-se empresas líderes no plano mundial, em particular em termos de capitalização bolsista, pelo que a generalidade das questões de concorrência neste âmbito tem-se suscitado em torno do controlo de macrodados pessoais de utilizadores por estas empresas. O acesso massivo a dados pessoais de utilizadores é monetarizado por estas plataformas, essencialmente, através da sua oferta de serviços de publicidade direcionada *online*, sendo proporcionados aos consumidores, como contrapartida, serviços inovadores, muitas vezes gratuitos.

Em princípio, os dados pessoais utilizados como *input* para outras atividades, de prestação de serviços ou de produção e comercialização de produtos, serão um de vários fatores relevantes para a criação de um produto ou para a prestação de um serviço, podendo esta função de otimização do processo ser mais ou menos significativa, tendo em conta a estrutura e as características dos mercados em causa.

Salvo situações relativas a dados particulares, que terão relevância, tipicamente, em nichos de mercado, a generalidade dos dados pessoais de consumidores apresenta características suficientemente particulares para que as supra referidas comparações com a moeda e o petróleo sejam, pelo menos, bastante imprecisas.

Ao contrário dos referidos parâmetros de comparação, os dados pessoais não têm um valor de referência e, geralmente, não são exauríveis. Na verdade, estes podem ter, para os consumidores e para as empresas, um valor que pode variar grandemente[10]. Além disso, os dados pessoais não são inerentemente escassos, o inventário das empresas em termos de dados não decresce quando estes são comercializados, sendo que os consumidores podem transferir os seus dados para muitas empresas ao mesmo tempo e estas podem intercambiar os dados entre si.

Qualquer análise das implicações jusconcorrenciais do controlo de dados pessoais de consumidores terá de ter em conta que, na época da Internet e dos telefones móveis, os utilizadores/consumidores estão permanentemente a criar

9 OCDE, 2016: 12.

10 Balto & Lane, 2016: 2.

dados, deixando extensos rastos das suas necessidades e preferências acessíveis a uma multiplicidade de operadores. Os consumidores utilizam, tipicamente, múltiplos serviços *online*, bem como diversos fornecedores para os mesmos serviços. Assim, em princípio, o acesso aos dados pessoais de consumidores não se faz de forma rival, *i.e.*, não ocorre às custas de limitações ao acesso por parte de outros operadores, tendo em conta que o *multi-homing* é a normalidade para a generalidade dos consumidores.

Não é também característica deste mercado a existência de relações de exclusividade e dificilmente se conceberia que os consumidores/utilizadores pudessem disponibilizar de forma exclusiva os seus dados pessoais a apenas um operador *online*.

Ademais, importa não perder de vista que a generalidade dos dados pessoais de consumidores tem um tempo de vida reduzido, sendo suscetíveis de rápida desatualização, pelo que os operadores que utilizam estes dados como *input* ou como produto precisam continuamente de ter acesso a dados atualizados.

Por fim, gostaríamos também de realçar que não é também precisa a referência a *big data* como "banha da cobra", tendo em conta o potencial de incremento de bem-estar económico supra referido, apesar de não podermos perder de vista, à semelhança do que sucede na análise de dados clássica, *i.e.*, antes da emergência dos referidos Vs, que os macrodados continuam a não capturar 100% dos dados relevantes, bem como a padecer de problemas de erros e parcialidade na amostragem[11].

2.2. *Big Data* e barreiras à entrada no mercado

Pareceria decorrer da caracterização dos macrodados pessoais de consumidores, tal como referida no ponto anterior, salvo situações particulares e especificidades de determinados modelos de negócio, que seria improvável que o acesso a grandes volumes de dados pudesse colocar os novos entrantes numa situação de desvantagem concorrencial significativa em relação aos incumbentes[12].

Autores como Stucke e Grunes rejeitam uma conclusão deste tipo, argumentando que, se os dados pessoais estivessem verdadeiramente acessíveis e fossem facilmente replicáveis, as empresas não despenderiam montantes consideráveis para obter dados deste tipo, em especial as plataformas *online*,

11 Harford, Tim, *Big Data: Big Mistake*, de 28.03.2014, disponível em https://www.ft.com/content/21a6e7d8-b479-11e3-a09a-00144feabdc0.

12 Tucker & Welford, 2014: 6 e 7.

que, como vimos, chegam a oferecer serviços gratuitos para adquirir e analisar esta informação[13].

Referem ainda estes autores que as empresas já presentes no mercado desenvolvem estratégias para dificultar a entrada de novos operadores, incluindo, por exemplo, o desenvolvimento de produtos complementares, e beneficiam de efeitos de escala e de externalidades de rede. Ademais, realçam que pode ser ainda mais difícil afastar um consumidor de um produto ou serviço gratuito, caso das redes sociais e dos serviços de pesquisa *online*, do que de um produto pelo qual se paga.

Em nosso entender, a primeira consideração relevante neste contexto é a de que a existência ou inexistência de barreiras à entrada no mercado varia de mercado para mercado, em função da natureza específica da informação em causa, o que prejudica considerações abstratas a este respeito.

Afigura-se ainda indesmentível que as plataformas *online*, que têm acesso a grandes volumes de dados, e que constituem, como vimos, o cerne da discussão neste particular, ascenderam ao top das empresas mais valiosas do mundo. Todavia, a elevada rentabilidade não implica por si só a existência de barreiras à entrada no mercado, ou de quaisquer preocupações jusconcorrenciais. Aliás, a observação adequada da evolução dos mercados *online* parece contrariar as reservas dos referidos autores.

Em primeiro lugar, ao contrário do que se pretende indiciar, o investimento na melhoria dos serviços *online* e na rentabilização dos dados não corresponde, necessariamente, a uma manifestação do ascendente das empresas com acesso prévio a *big data*, nem da exclusividade e da rivalidade no acesso a esta informação, mas, ao invés, constitui uma necessidade dos operadores para conseguirem prosperar no mercado, justamente porque a concorrência potencial é muito relevante e, tipicamente, disruptiva[14].

Neste sentido, da observação das atividades de plataformas *online* com acesso a *big data* resulta que, independentemente do controlo destes dados por parte das empresas presentes no mercado, as entradas nos mercados *online* são

---

13 Stucke & Grunes, 2015: 7.

14 Conforme referem Evans & Schmalensee "*The inertia of existing platforms creates opportunities for entrepreneurs to one-up the last generation of online platforms*", *in The Businesses That Platforms Are Actually Disrupting,* de 21.09.2016, Harvard Business Review, disponível em https://hbr.org/2016/09/the-businesses-that-platforms-are-actually-disrupting?referral=03759&cm_vc=rr_item_page.bottom. Para mais desenvolvimentos relativamente ao potencial disruptivo neste particular, *vide*, por exemplo, Downes & Nunes, 2014.

geralmente avassaladoras. Este foi o caso da rede social *Facebook*, que conseguiu superar o *MySpace*, apesar do acesso por parte do *MySpace* aos dados pessoais dos utilizadores, do *Spotify*, que foi capaz de entrar no mercado apesar da enorme base de dados de preferências musicais detida pela plataforma *Pandora*, e do motor de busca *Google*, que foi capaz de ascender à liderança de um mercado em que a *Yahoo* detinha já um grande volume de dados de pesquisa.

Exemplos ainda mais recentes incluem a emergência da plataforma de encontros *Tinder* e do serviço de mensagens *WhatsApp*, que, apesar de, na atualidade, disporem de volumes massivos de dados, não tinham acesso a dados de utilizadores aquando do arranque das suas atividades[15].

Da análise de todos estes casos resulta que o modelo de entrada no mercado e de acesso a dados de utilizadores é idêntico para todos eles, e, tipicamente, parte do desenvolvimento de soluções atrativas, com custos reduzidos e grande facilidade de utilização: tem sido o produto, ou o serviço, que atraem os consumidores e os respetivos dados, não o inverso. Na verdade, as empresas que apresentam produtos inovadores têm conseguido obter dados dos consumidores, que utilizam para melhorar os seus produtos.

Ainda que assim não fosse, importa não perder de vista que existem diversos comercializadores de dados junto dos quais os dados necessários podem ser recolhidos, pelo que, até no dia do lançamento da plataforma *online*, antes de qualquer interação direta com o consumidor, o novo entrante poderá já ter tido acesso a informação relevante de preferências dos consumidores[16].

Ademais, conforme referem Chiou e Tucker, de forma particularmente persuasiva, e como indiciámos anteriormente, os dados pessoais de consumidores têm um tempo de vida limitado, pelo que o valor destes diminui consideravelmente ao longo do tempo. Além disso, a diferenciação das plataformas *online* em termos de configuração e de serviços oferecidos faz com que os dados considerados úteis por cada operador possam também ser muito distintos[17].

Assim, em face da necessidade contínua de dados atualizados e diferenciados, uma empresa com acesso a *big data* não é necessariamente beneficiada em relação a potenciais entrantes, pelo que estes não têm de aceder a um conjunto de dados "históricos" equivalentes àqueles que se encontram na esfera das

15 Sokol & Comerford, 2016: 1139.

16 *Idem*: 13.

17 Chiou & Tucker, 2014, 4.

empresas já ativas no mercado, mas devem antes desenvolver uma estratégia para recolher dados relevantes e atuais[18].

Por fim, importa ainda ter em conta que, muitas vezes, o cerne da atratividade da prestação de serviços por parte destes operadores não reside no acesso aos dados, mas na capacidade de os analisar e sistematizar, o que lhes acrescenta efetivamente valor, sendo que, pelo menos numa fase inicial, aquando da entrada no mercado, pode ser utilizado *software* analítico disponível de fontes abertas[19].

Analisemos agora, especificamente, a presença de eventuais efeitos de escala e efeitos de rede na atividade das plataformas *online* que recolhem e utilizam macrodados. Relembramos que estes efeitos são associados, por alguns autores, às plataformas *online* que controlam macrodados, para ilustrar a capacidade de criação e de exercício de poder de mercado com potencial anticoncorrencial, na medida em que possam constituir barreiras à entrada no mercado[20].

Com efeito, importa notar que a existência de barreiras à entrada significa que existem entraves que deixam a entrada de concorrentes à mercê de uma decisão dos operadores já estabelecidos, na medida em que estes dispõem de uma vantagem competitiva sobre os novos entrantes. A existência de barreiras não decorre, necessariamente, do grau de concentração de um mercado, uma vez que podemos concluir que estas inexistem se esse mercado se mantiver aberto à possibilidade de concorrência potencial, permanecendo contestável[21].

Os efeitos de rede, também designados externalidades de rede, podem ser diretos ou indiretos. Os efeitos de rede diretos ocorrem quando um produto se torna mais valioso para um agente em função do incremento no número de utilizadores, tendo em conta o alargamento do potencial de interação entre estes. Já os efeitos indiretos de rede ocorrem quando a existência de um maior número de utilizadores torna o produto mais atrativo para os consumidores, em virtude do maior ajuste às preferências dos consumidores, ainda que não exista interação entre utilizadores[22].

Neste ponto, importa ainda notar que as plataformas *online* que recolhem dados pessoais de consumidores correspondem, geralmente, às designadas

---

18 Shepp & Wambach, 2015, 120.

19 Sokol & Comerford, 2016: 1137.

20 Stucke & Grunes, 2015: 7 e ss e Yoo, 2012: 1153.

21 Araújo, 2006: 314 e 315.

22 *Idem*: 330-333.

plataformas bilaterais, *two-sided platform*, *i.e.*, o fornecedor tem dois grupos de utilizadores/clientes em lados distintos da mesma plataforma. Isto é verdade nas plataformas mais representativas nesta sede, as redes sociais e os serviços de pesquisa *online*. Na verdade, no que diz respeito às redes sociais e serviços de pesquisa *online*, temos, num dos lados, o acesso tipicamente livre a serviços de redes sociais ou de pesquisa *online* e, no outro, a prestação de serviços de publicidade *online* direcionada, sendo esta a dimensão do mercado geradora da generalidade das receitas.

Tem sido argumentado que estes efeitos de rede são amplificados em *two-sided platforms*, uma vez que os operadores de plataformas *online* poderiam beneficiar de efeitos de rede cruzados, em que mais utilizadores num dos lados da plataforma atraem mais utilizadores do outro lado[23]. Stucke e Grunes sugerem inclusivamente que estes efeitos de rede resultam em barreiras insuperáveis à entrada no mercado, conduzindo a resultados "*winner takes all*"[24].

Consideramos que este entendimento pode ser, uma vez mais, algo precipitado, desde logo se lançarmos mão dos ensinamentos de Lerner, que refere, no que respeita à prestação de serviços de publicidade *online*, que não é certo que os anunciantes se deixem afetar por efeitos de rede, tendo em conta as estruturas de preços *pay per click* das plataformas *online*, o recurso a múltiplas plataformas por parte destes operadores e o interesse por parte do anunciante em evitar o congestionamento publicitário. Ademais, conforme refere ainda este autor, não existem verdadeiramente efeitos de rede cruzados nestas plataformas, tendo em conta que, se para os anunciantes é importante, com os limites apontados, que as plataformas tenham um grande volume de utilizadores, os utilizadores não escolhem uma plataforma *online* com base no número de anunciantes[25].

Além disso, ainda que a presença de efeitos de rede fosse incontestada, e não fossem consideradas devidamente as referidas *nuances*, esta não corresponde necessariamente à existência de barreiras à entrada, tendo em conta que, como vimos, este tipo de atividade se afigura, em princípio, replicável para novos entrantes com uma oferta de serviços inovadores, sendo que importa não escamotear que os mesmos efeitos de rede podem potenciar o rápido crescimento e a assunção de posições de liderança por parte de novos entrantes nestes mercados.

---

23 Yoo, 2012: 1153.

24 Stucke & Grunes, 2015: 7.

25 Lerner, 2014: 56 e ss.

Quanto à existência de economias de escala, tem sido argumentado que o controlo de grandes volumes de dados pode conduzir a economias de escala, em virtude do que se tem designado como "*feedback loop*", que assenta precisamente no acesso a um grande volume de dados de utilizadores. Do ponto de vista do utilizador, a existência deste círculo de repetição significa que, à medida que a plataforma ganha mais utilizadores, amplia a recolha de dados, melhorando a perceção dos consumidores e das suas necessidades, o que, por seu turno, pode ser utilizado para atrair ainda mais utilizadores. Este *loop* seria também sentido no que respeita à rentabilização dos dados, tendo em conta que, à medida que a plataforma ganha mais utilizadores e recolhe mais dados, é capaz de registar acréscimos na publicidade, gerando receitas que são investidas na melhoria da qualidade do serviço, atraindo ainda mais utilizadores[26].

Uma vez mais, cumpre salientar que, ainda que se pudessem vislumbrar economias de escala no acesso aos dados utilizados nestas atividades, tal não significa que estejamos perante uma barreira à entrada no mercado, tendo em conta que estas condições, em face das características dos dados pessoais, são em grande medida replicáveis.

Como vimos, os operadores que utilizam estes dados podem ganhar relevância sem acesso prévio a dados de consumidores, pelo que o referido acesso não será suficiente para melhorar a qualidade e ganhar escala, e ainda que assim não fosse, podem sempre ter acesso a esses dados através de empresas que se dedicam à sua comercialização.

Ademais, conforme realça Lerner, haverá que considerar que as alegadas vantagens da escala, em termos de acesso a macrodados, tendem a diminuir. Para operadores com acesso a um grande conjunto de dados, a partir de um certo ponto, o valor marginal do acesso a um conjunto mais alargado de dados pode ser zero, enquanto este valor marginal é ainda muito relevante para operadores mais pequenos, o que aumenta o incentivo destes operadores para atrair mais utilizadores através de qualidade e inovação[27]. Entendimento semelhante têm Bork e Sidak, que consideram que, no que se refere a pesquisas *online*, é apenas necessário um número limitado de pesquisas para que um novo operador inicie o processo de aperfeiçoamento que lhe permite concorrer com o "incumbente"[28].

---

26 Graeff, 2015: 477.

27 Lerner, 2014: 41-44.

28 Bork & Sidak, 2012: 688-691.

Na verdade, como referem Rubinfeld e Gal, a questão das barreiras à entrada no mercado em atividades com grande substrato de macrodados de utilizadores tem *nuances* particulares, ainda que adotemos uma visão mais estrita neste particular. Segundo estes autores, "*the unique characteristics of big data markets (...) create interesting twists on the regular analysis, which may, in turn, affect theories of harm. (...) due to the unique characteristics of at least some big data markets, the mere existence of high entry barriers into these markets, by itself, does not automatically lead to the conclusion that social welfare will be harmed*"[29].

Resultam, deste modo, da contextualização económica incluída neste ponto, os aspetos, em nosso entender, fundamentais da recolha, tratamento e comercialização de dados pessoais de consumidores, em especial no que diz respeito a atividades *online*, sendo que procurámos traçar um retrato sucinto, mas suficientemente elucidativo do debate jurídico-económico em curso relativamente a esta matéria. Esta contextualização, não obstante as particularidades inerentes a cada tipologia de dados e a cada modelo de negócio, não deve ser perdida de vista na aplicação do direito da concorrência a esta temática.

3. O POTENCIAL ANTICONCORRENCIAL DO CONTROLO DE *BIG DATA*

O controlo de *big data* como uma potencial preocupação de concorrência não é uma questão nova, mas coloca-se com particular premência em face do aumento exponencial da capacidade de recolha, armazenamento e tratamento de dados e, sobretudo, com o incremento da utilização das plataformas *online*, que se tornaram protótipos de empresas bem-sucedidas na economia digital.

A utilização comercial de macrodados de consumidores mereceu já, em diversas ocasiões, a atenção das autoridades da concorrência, na tentativa de delimitar a aplicação do direito da concorrência no âmbito de atividades com base em grandes volumes e dados, em particular dados de natureza pessoal recolhidos de utilizadores.

Para além de algumas decisões, sobretudo em sede de controlo de concentrações, foram, nos últimos dois anos, realizados diversos estudos económicos relativos a esta temática, de natureza, em nosso entender, essencialmente descritiva, não obstante a inclusão de algumas recomendações que podermos caraterizar como pouco concretas. Referir-nos-emos às iniciativas mais relevantes ao longo deste capítulo, sem qualquer pretensão em termos de exaustividade.

29 Rubinfeld & Gal, 2016: 33 3 ss.

No plano da UE, a *Competition and Markets Authority* ("CMA"), do Reino Unido, publicou, em 2015, um estudo relativo à utilização comercial de dados de consumidores[30], sendo que a autoridade da concorrência francesa (*Autorité de la concurrence*) e a autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*) publicaram, em 2016, um estudo relativo a esta matéria[31]. Também a autoridade da concorrência dos Países Baixos (*Autoriteit Consument & Markt* – "ACM") tratou esta temática no seu estudo *Grote platforms, grote problemen?*[32].

Logo após a publicação do referido estudo conjunto com a autoridade da concorrência alemã, a *Autorité de la Concurrence* iniciou uma investigação "*afin d'analyser les conditions d'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne*", cujos resultados serão, previsivelmente, publicados no decurso do ano de 2017[33].

Em outubro do mesmo ano, a OCDE divulgou a investigação *Big data: Bringing competition policy to the digital era*[34]. A CE, embora de forma menos abrangente, tem participado em iniciativas neste particular, e tem procurado, também em termos de política de mercado interno, compreender e regular o desenvolvimento da atividade económica potenciada pelo controlo de *big data*, incluindo, como veremos mais detidamente, infra, a reforma do enquadramento normativo aplicável à tutela da privacidade dos dados pessoais[35].

Nos EUA, a FTC publicou também vários estudos e realizou várias intervenções neste âmbito, com destaque para o relatório de 2016, *Big Data a Tool for Inclusion or Exclusion: Understanding the issues*[36].

A questão central em todos estes estudos, bem como na literatura jurídico-económica nesta sede, *é a possibilidade de fazer derivar poder de merca*do do

30 CMA, 2015.

31 *Autorité de la Concurrence* & *Bundeskartellamt*, 2016.

32 ACM, 2016.

33 Comunicado da *Autorité de la Concurrence*, de 23.05.2016, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2777.

34 OCDE, 2016.

35 Destacamos neste particular as intervenções públicas da Comissária da Concorrência e o documento de trabalho da CE relativo a plataformas *online*: Discurso da Comissária Verstagher, de 16.01.2016, *Competition in a Big Data World*, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en; Discurso da Comissária Verstagher, de 29.09.2016, *Big Data and Competition*, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en e *Commission Staff Working Document – Online Platforms*, de 25.05.2016.

36 FTC, 2016.

controlo de *big data* de consumidores, em particular no âmbito de concentrações de empresas e de decisões unilaterais neste âmbito, pelo que estes serão também os temas centrais deste capítulo.

Na verdade, no que diz respeito a eventuais práticas restritivas bilaterais, o enfoque das autoridades tem sido no incremento da transparência que o acesso a dados pessoais de utilizadores proporciona. O impacto deste acréscimo de transparência é ambivalente, podendo, por um lado, facilitar a comparaç*ão da oferta por parte dos consumidores e o acesso ao mercado por parte de novos entrantes e, por outro, facilitar a "logística" da eventual* implementação de práticas de coordenação entre concorrentes[37]. Apesar do interesse ainda muito limitado na investigação da relevância dos grandes volumes de dados nesta sede[38], a existência de cartéis facilitados por macrodados ou por algoritmos foi já reconhecida em alguns casos, primacialmente no ordenamento norte-americano[39], sendo que também a CE reforçou recentemente as suas preocupações neste particular[40].

3.1. Potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de controlo de concentrações

No que se refere ao acesso a um grande volume de dados pessoais de consumidores em sede de concentrações de empresas, deverá notar-se a crescente tendência concentrativa tendo por objeto empresas que controlam *big data*, adquiridas por montantes muito elevados, que incluirão, naturalmente, a valorização dos referidos dados. Na verdade, as operações de concentração relativas a empresas que congregam *big data* têm ascendido a valores muito significativos, casos das operações *Google/Double Click*, com um valor superior a 3 mil milhões de dólares, *Facebook/WhatsApp*, no montante de 19 mil milhões e dólares e a recente *Microsoft/LinkedIn*, no valor de 26 mil milhões de dólares.

Os estudos supra referidos dedicam, em geral, um capítulo a esta matéria, tendo em conta que, como referem a *Autorité de da Concurrence* e o *Bundeskartellamt*

---

37 *V.g., Autorité de la Concurrence* & *Bundeskartelamt*, 2016, 15 a 18 e OCDE, 2016, 22 e 23.

38 Não obstante o interesse de alguma doutrina por esta matéria, casos de Stucke & Ezrachi, 2015.

39 Em 2015, o *Department of State* norte-americano desencadeou ações judiciais contra operadores ativos na comercialização de posters na plataforma de retalho online *Amazon*, por coordenação utilizando algoritmos. Comunicado disponível em https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace.

40 Intervenção da Comissária Verstager, *Algorithms and competition*, 16.03.2017, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en.

"*Pour obtenir un meilleur accès aux données, une des premières stratégies envisageable pour une entreprise est d'acquérir d'autres entreprises possédant de vastes bases de données ou de fusionner avec elles*", com destaque para as concentrações *que têm* por objeto novos entrantes[41].

Todavia, no que diz respeito à apreciação realizada pelas autoridades de concorrência relativamente a concentrações de empresas que utilizam dados como *input*, bem como de empresas que recolhem e tratam estes dados, a constatação tem sido, até ao momento, a de que a generalidade dos dados que poderiam representar valor acrescentado não se encontra na esfera exclusiva dos adquirentes, motivo pelo qual não se têm suscitado questões jusconcorrenciais especificamente relacionadas com macrodados pessoais[42].

Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a decisão da FCT, na concentração *Nielson/Arbitron*, em que os dados de consumidores eram um *input* da atividade de tratamento e análise de dados das partes[43], bem como a apreciação da CE, nas decisões *Telefonica/Vodafone/Everything Everywhere*[44], *Publicis/Omnicom*[45] e *TomTom/TeleAtlas*[46].

Já no que respeita especificamente a concentrações entre grandes plataformas *online* que utilizam *big data* de consumidores para desenvolver o seu negócio, um dos exemplos mais recuados e citados respeita à aquisição da *DoubleClick* pela *Google*, analisada nos EUA, bem como no plano da UE. À época, ambas as partes eram grandes operadores no mercado para publicidade *online* e detinham *big data* relacionados com históricos de pesquisa e navegação, sem que a concentração destes macrodados tenha suscitado particulares preocupações por parte das autoridades[47].

Destaque também nesta sede para a aquisição da *WhatsApp* pela *Facebook*, em 2014, apreciada na UE e nos EUA. Nos EUA, apesar de ter sido arguido que a transação incrementaria o acesso da *Facebook* a dados que poderiam ser monetarizados através da publicidade, a FTC aprovou a transação em apenas

41 *Autorité de la Concurrence* & *Bundeskartellamt*, 2016: 18.

42 *V.g.*, *Autorité de la Concurrence* & *Bundeskartellamt*, 2016: 18 a 20 e OCDE, 2016: 17 a 20.

43 FTC File n.º 131 0058, de 20.09.2013.

44 COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, de 4.09.2012.

45 COMP/M.7023 – *Publicis/Omnicom*, de 9.01.2014.

46 COMP/M.4854 – *Tomtom/TeleAtlas*, de 14.05.2008.

47 COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, de 11.03.2008 e FTC File n.º 071-0170, de 11.12.2007.

dois meses, remetendo, como veremos infra, as questões suscitadas em matéria de privacidade para o âmbito do direito do consumidor[48].

A CE também apreciou esta transação, tendo-se decidido pela não oposição, sem quaisquer condições. Na apreciação da relevância dos grandes volumes dados pessoais de consumidores, em particular para efeitos de publicidade *online*, a CE realçou que os consumidores podem utilizar, e utilizam, múltiplas aplicações em simultâneo e podem facilmente alternar entre elas, referindo ainda que existe um número significativo de participantes no mercado que recolhem e utilizam macrodados (referindo expressamente *Google*, *Apple*, *Amazon*, *eBay*, *Microsoft*, *AOL*, *Yahoo*, *Twitter*, *IAC*, *LinkedIn*, *Adobe* e *Yelp*)[49].

Mais recentemente, a CE apreciou a concentração *Microsoft/Linkedin*, e a questão da conjugação de *big data* foi novamente colocada a propósito das atividades de publicidade *online*. Apesar de a decisão de não oposição ter sido acompanhada de compromissos que visam, essencialmente, impedir que a *Microsoft* restrinja o acesso ao seu *software*, a CE manteve-se, em nosso entender, coerente com a prática anterior no que diz respeito ao acesso a macrodados de utilizadores[50]. Assim, considerou, uma vez mais, que, ainda que a combinação de dados fosse permitida pela legislação de proteção de dados, e que as partes disponibilizassem dados para esse efeito, o que não sucedia, continuaria a existir uma profusão de dados deste tipo disponíveis na esfera de outros operadores[51].

A discussão das especificidades do acesso a *big data* em sede de controlo de concentrações tem ainda abrangido dois pontos que não deixaremos de referir nesta sede. Por um lado, o debate relativo à possibilidade de definir um mercado para a recolha de *big data* e, por outro, a circunstância de muitas plataformas *online* apresentarem, por vezes, volumes de negócio que podem não ser elucidativos da sua posição no mercado, o que pode levar a que fiquem excluídas da apreciação jusconcorrencial, em sede de controlo de concentrações.

Quanto ao primeiro ponto, as autoridades da concorrência têm analisado os macrodados obtidos gratuitamente de fornecedores/utilizadores que não

48 Nota de Imprensa de 10.04.2014, disponível em https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed.

49 COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, de 10.03. 2014, parágrafos 134 e 188.

50 Para um comentário desta decisão, *vide* Giannino, 2016.

51 COMP/M.8124 – *Microsoft/Linkedin*, de 6.12.2016, parágrafos 176 e ss.

concorrem entre si, como *input* para desenvolver e melhorar a qualidade de outros serviços e não como um mercado em si mesmo[52].

O obstáculo à definição da recolha de dados como um mercado autónomo não será o facto de os serviços serem disponibilizados de forma gratuita, uma vez que a CE já definiu mercados relevantes em que os serviços disponibilizados são tendencialmente gratuitos, caso dos serviços de comunicação de vídeo apreciados na decisão *Microsoft/Skype*[53]. Ademais, a CE apreciou também a recolha de dados como um mercado relevante quando estes eram comercializados a clientes, como, por exemplo, na supra referida decisão *TomTom/Tele Atlas*, em que o fornecimento de dados digitais relativos a mapas foi considerado um mercado relevante[54].

Na doutrina, os entendimentos são díspares. Sokol e Comerford consideram que quando os dados são, em grande medida, utilizados internamente, como parte da prestação de um serviço, sem serem comercializados aos consumidores como um produto, não existe concorrência ou substituibilidade, pelo que não há motivo para a definição de um mercado autónomo[55]. Em sentido inverso, por exemplo, Pamela Harbour, na sua declaração de voto relativa à decisão da FTC quanto à concentração *Google/Double Click*, manifestou preocupação com a concentração de *big data*, sugerindo a definição de um "*putative relevant product market comprising data that may be useful to advertisers and publishers who whish to engage in behavioral targeting*"[56]. Subsequentemente, Pamela Harbour e Tara Koslov desenvolveram esta ideia, argumentando que a definição de mercados para dados de utilizadores, de forma autónoma em relação aos mercados para os quais fornecem *inputs*, reflete a constatação de que as empresas normalmente retiram valor de dados para além dos objetivos iniciais que motivaram a sua recolha[57].

Apesar do caráter persuasivo da ausência de mercado quando estão em causas meros *inputs* internos, é preciso não perder de vista que, por um lado,

---

52 *V.g.*, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, parágrafo 72.

53 COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, de 7.10.2011.

54 COMP/M.4856 – *TomTom/TeleAtlas*, parágrafos 17 a 38.

55 Sokol & Cumerford, 2016: 1155 e ss.

56 Declaração de Voto da Commissária Pamela Jones Harbour, Google/DoubleClick, FTC File n.º 071-01709, de 20.12.2007, disponível em http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf.

57 Harbour e Koslov, 2010: 773.

se tem argumentado que os utilizadores estão a pagar pelos seus serviços com os dados pessoais que disponibilizam[58] e, por outro, que algumas plataformas *online*, como o *Twitter*, têm alterado o seu modelo de negócio, no sentido da comercialização, troca ou licenciamento dos dados em si mesmos, tendência esta que foi referida pelo estudo da CMA[59], bem como na decisão da autoridade francesa relativa à investigação em curso em matéria de publicidade *online*[60].

Por seu turno, a potencial insuficiência do limiar de volume de negócios para traduzir a concentração de poder de mercado no caso de transações da economia digital foi claramente elucidada pela aquisição *Facebook/WhatsApp*, que, apesar de ter um valor de transação estratosférico e de afetar milhares de milhões de utilizadores, não preenchia os limiares de notificação à CE[61].

A constatação desta alegada insuficiência suscitou debate no plano da UE, desde logo no âmbito de uma futura revisão do enquadramento normativo aplicável ao controlo de concentrações[62], bem como um processo de alteração do regime de controlo de concentrações na Alemanha, no sentido de ser incluído um critério adicional relativo ao valor da transação[63]. Esta alteração, que tenderá a espelhar melhor o potencial de negócio dos ativos adquiridos do que o volume de negócio que lhes é imputado, não é isenta de críticas, desde logo em matéria de certeza jurídica, complexidade acrescida e insuficiência em termos da conexão territorial necessária para estabelecer a jurisdição.

---

58 Breuvart, Chassaing & Perraut, 2016: 6.

59 CMA, 2015, parágrafos 2.40 a 2.44.

60 Decisão n.º 16-SOA-02, de 23 de maio de 2016, parágrafos 10 e 11.

61 A concentração acabou por ser apreciada em virtude da utilização do Artigo 4.º, n.º 5 do *Regulamento n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas*, que permite o reenvio para a CE por parte dos Estados Membros com jurisdição sobre o caso.

62 *V.g.*, Discurso da Comissária Verstagher, de 10.03.2016, *Refining the EU Merger Control System,* disponível em: https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-controlsystem_en e Secção IV. 2 do *Questionnaire for public consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/consultation_document_en.pdf.

63 Berg & Weinert, 2017; Nota de Imprensa do *Bundeskartellamt*, de 10.01.2017, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/10_01_2017_Jahresrueckblick.html?nn=3591568.

3.2. As potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de abuso de posição dominante

A ideia de poder de mercado associado ao controlo de *big data* tem também sido enquadrada, quase sempre em teoria, no campo do abuso de posição dominante. As autoridades francesa e alemã referiram algumas hipóteses clássicas de abuso de posição dominante no seu estudo, incluindo contratos de exclusividade e recusa de acesso, com menção inclusivamente à ideia de infraestrutura essencial[64]. A CMA do Reino Unido referiu a possibilidade de comportamentos similares, no relatório publicado em 2015, apesar de considerar que, à data, não se verificavam indícios de que existissem situações deste tipo no mercado[65].

A atividade de investigação neste âmbito é também, até ao momento, pouco significativa, embora existam algumas iniciativas que importa referir. Em primeiro lugar chamamos a atenção para o facto de a proibição de abuso de posição dominante se ter já aplicado a práticas comerciais relativas a dados, caso, por exemplo, da decisão da Autoridade da Concorrência relativa alegados abusos de posição dominante relacionados com dados comerciais de farmácias utilizados para a produção de estudos (cujo mérito, naturalmente, não nos cabe apreciar neste âmbito)[66].

Mesmo no que concerne a dados pessoais de consumidores, relembramos que as autoridades francesa e espanhola iniciaram processos relativos ao controlo de dados "mais tradicionais" de consumidores, em concreto, bases de dados historicamente na esfera de antigos incumbentes no setor energético.

Estas autoridades procuraram evitar que o controlo destes dados fosse abusivamente utilizado por estas empresas para impedir a entrada de outros operadores nos mercados de distribuição de energia em causa, tendo em conta a estrutura muito concentrada destes mercados com a presença de barreiras, mesmo no cenário pós-liberalização, e da especificidade e limitação no acesso aos dados, especialmente no que concerne a caracterização do consumo da base

---

64 *Autorité de la Concurrence* & *Bundeskartellamt*, 2016, 22 e ss.

65 CMA, 2015: 85 e ss.

66 Decisão da Autoridade da Concorrência no processo PRC n.º 2009/13 – *ANF/Farminveste/HMR*, de 22.12.2015. Menção também para um caso materialmente próximo, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de abril, *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*, processo C-418/01, Coletânea de Jurisprudência 2004, p. 257.

de clientes[67]. A diferença entre estes dados e os grandes volumes de dados que "alimentam" as plataformas *online* é a maior dificuldade de replicar os primeiros, sendo a estrutura destes mercados significativamente mais rígida do que a das atividades da economia digital.

Na verdade, a menção a estes processos é, em nosso entender, relevante, por um lado, para relembrar que as ferramentas de análise de situações de controlo de grandes volumes de dados existem no portfólio das autoridades de concorrência e, por outro, que as particularidades dos macrodados *online* podem, de forma algo irónica, atenuar a abordagem mais clássica nesta sede.

No que respeita especificamente a plataformas *online* com um modelo de negócio em que releva o acesso a *big data*, a *Google* parece ser o alvo mais frequente das autoridades de concorrência. Nesse sentido, as autoridades francesas foram chamadas a intervir, pelo menos em duas ocasiões, por clientes dos serviços de publicidade *online* da *Google*[68]. A investigação de 2010 conduziu a melhorias na política na transparência e previsibilidade na aplicação de publicidade *online* e a investigação mais recente foi iniciada em 2015, não tendo sido adotadas quaisquer medidas cautelares[69]. A autoridade francesa entendeu que "*le moteur de recherche semble toujours dominer aujourd'hui le marché de la publicité en ligne liée aux recherches*", motivo pelo qual procurou verificar se existia algum abuso por parte da *Google* na relação comercial com os seus clientes. Da exígua informação disponível não é possível extrair particulares ilações quanto à argumentação que conduziu a esta aparente constatação do "domínio".

Também a FTC investigou eventuais práticas abusivas por parte da *Google*, tendo concluído que, apesar da relevância jusconcorrencial dos dados e apesar da necessidade de alguns ajustamentos das práticas comerciais desta empresa, a relação da *Google* com os anunciantes não era "*on balance, demonstrably anticompetitive*encerrado, motivo pelo qual a investigação foi encerrada em 2013. Segundo a FTC "*Challenging Google's product design decisions in this case would require the Commission–or a court–to second-guess a firm's product design decisions where plausible procompetitive justifications have been offered, and where*

67 Resolução n.º 644/08, de 02.04.2009, disponível em https://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/-31454735 e Decisão n.º 14-MC-02, de 09.09.2014, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2420&lang=en.

68 Decisão n.º 10-D-30, de 28.10.2010, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=368&id_article=1488.

69 Decisão n.º 15-D-13, de 09.09.2015, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=607&id_article=2637&lang=en.

those justifications are supported by ample evidence."[70]. Apesar do encerramento desta investigação, a *Google* continuará no radar da FTC e a maior ou menor intensidade dessa monitorização dependerá, em grande medida, do ambiente político[71].

Por último, referência para as investigações em curso, no plano da CE, tendo por objeto várias vertentes da atuação comercial desta empresa[72]. Estes processos serão fundamentais para enquadrar a atuação do direito da concorrência nesta sede, em particular no que diz respeito à relevância do controlo de *big data* e à caracterização da dinâmica dos mercados em que este ativo desempenha um papel relevante, não obstante o risco de sobreaplicação de direito da concorrência no caso de setores de atividade *fast moving* e ainda numa fase de expansão, caso da generalidade dos serviços prestados na economia digital.

Em face do supra exposto, afigura-se, em nosso entender, que as categorias de abordagem clássica do direito da concorrência, em particular teorias do dano relativas ao encerramento do mercado, se aplicarão, se tal se justificar, em setores que utilizam macrodados, em especial no que concerne a plataformas *online* com grande incidência em termos de *big data*.

Em nosso entender, as questões de concorrência suscitadas pelo controlo de *big data* dependem do enquadramento factual em causa, sendo que o critério que pudemos traçar neste contexto corresponde à substituibilidade dos dados e à possibilidade efetiva de acesso aos mesmos, critério este em que terão de entrar e equação as considerações incluídas no Capítulo I, supra.

Decorre, assim, do que vimos anteriormente que, para estes efeitos, os macrodados são, simultaneamente "*an asset like and, unlike, any other*"[73].

Todavia, a investigação iniciada pelo *Bundeskartellamt*, em 2016, à *Facebook*, parece poder sugerir um novo caminho neste âmbito, ao colocar a possibilidade de existir um alegado abuso de posição dominante (sendo que, importa notar

---

70 FTC File n.º 111-0163, de janeiro de 2013, disponível em http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googlessearch-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf .

71 Notícias de investigações em curso tendo a Google como protagonista têm sido constantes na imprensa norte-americana.

72 Casos COMP 39740 (*Google* comparação de preços), COMP 40411 (*Google AdSense*) e COMP 40099 (*Google Android*).

73 Para usar a expressão feliz de Lamadrid & Villiers, 2017: 2.

que a posição dominante não é, desde logo, um dado adquirido), em virtude da infração das normas relativas à proteção de dados privados[74].

Vejamos em que medida podemos estar perante uma questão nova ou, eventualmente, perante uma imprecisão nas fronteiras entre enquadramentos normativos por vezes próximos, caso do direito da concorrência, do direito do consumidor e da proteção de dados pessoais.

4. OS LIMITES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA REGULAÇÃO DE *BIG DATA*

Um dos problemas classicamente associados à recolha e processamento de macrodados é o de que os consumidores não controlam a forma como os seus dados são recolhidos e utilizados, em prejuízo da tutela da privacidade da sua informação pessoal, aspeto este realçado, precisamente, na referida decisão do *Bundeskartellamt* no sentido de iniciar a referida investigação à *Facebook*[75].

A este propósito, autores como Ohlhausen e Okulia entendem que a proteção da privacidade pode ser entendida como um aspeto da concorrência não relacionado com os preços, especialmente quanto estão em causa serviços gratuitos, motivo pelo qual exigem a intervenção do direito da concorrência neste âmbito. Nesse sentido, as empresas podem procurar ter uma oferta mais atrativa, disponibilizando políticas de privacidade mais rigorosas e transparentes, motivo pelo qual se poderá conceber que os consumidores podem ser prejudicados por condutas restritivas da concorrência se for limitado o incentivo para uma oferta que inclua a proteção da privacidade[76]. Também Newman preconiza uma intervenção de direito da concorrência para reforçar as políticas de privacidade[77].

Também a Comissária Pamela Harbour, aquando da apreciação por parte da FCT da aquisição da *DoubleClick* pela *Google*, a que nos referimos anteriormente, sugere que a privacidade deveria ter sido considerada neste âmbito, sendo que importa considerar que a FTC tem, ao contrário de muitas das suas congéneres

---

74 Nota de imprensa do *Bundeskartellamt*, de 02.03.2016, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html;jsessionid=82966DDB5B70874B6464C8C035E855E6.1_cid378?nn=3591568. Para uma atualização a este respeito *vide* http://mlexmarketinsight.com/editors-picks/facebook-wont-face-fine-german-antitrust-probe-privacy-terms/.

75 Para uma atualização a este respeito *vide* http://mlexmarketinsight.com/editors-picks/facebook-wont-face-fine-german-antitrust-probe-privacy-terms/.

76 Ohlhausen & Okulia, 2015: 133 e 134.

77 Newman, 2014: 849.

no espaço da UE, competência em matéria de direito do consumidor, o que poderá, eventualmente, ter contribuído para esta abordagem mais holística[78].

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, e em particular os seus responsáveis, argumentaram no sentido de uma abordagem mais integrada da aplicação do direito da concorrência e da tutela da privacidade dos dados pessoais[79].

Por último, importa ainda referir, que para além da referida investigação, o *Bundeskartellamt* pode também ver alargada a sua competência à tutela do direito do consumidor, incluindo questões de privacidade, em virtude da supra referida alteração da legislação da concorrência[80].

Em sentido inverso, da jurisprudência do TJUE, desde logo do acórdão *Asneff Equifax*, parece decorrer que as questões relacionadas com a proteção de dados não são, como tal, parte do direito da concorrência e devem ser apreciadas em sede própria[81]. Esta delimitação decorre também do estudo da autoridade da concorrência holandesa a que nos referimos anteriormente[82].

Na verdade, a proteção de dados no âmbito da UE e da generalidade das jurisdições é enquadrada por normas específicas, implementadas por reguladores específicos. A tutela dos dados pessoais está prevista no Artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais e, no plano da UE, têm existido diversas diretivas e regulamentos neste âmbito, caso do *Regulamento n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados* ("Regulamento de Proteção de Dados"), que entrará em vigor em maio de 2018. Este regulamento incluirá diversos requisitos novos na área da proteção da privacidade, sujeitos a coimas substanciais.

A Comissária da Concorrência Margrethe Verstagher tem também manifestado o seu entendimento no sentido de que a promoção da concorrência e

---

78 Declaração de voto da Comissária Harbour, de 20 de dezembro de 2007, *Google/DoubleClick*, FTC File No 071-0170.

79 Parecer Preliminar da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, *Privacy and competitiveness in the age of big data*, de 26.03.2014, disponível em http://www.statewatch.org/news/2014/apr/eu-edps-competitition-law-big-data.pdf.

80 *Vide* nota de rodapé 61, supra.

81 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de novembro, *Asnef-Equifax* processo C-238/05, Coletânea de Jurisprudência 2006, p. 734.

82 ACM, 2016: 6.

a tutela da privacidade dos dados são objetivos complementares, com enquadramentos normativos e institucionais próprios[83].

A prática decisória da CE tem também centrado a sua apreciação, em sede de controlo de concentrações que envolvem macrodados de consumidores, numa análise puramente económica. Isto não significa que a CE tenha ignorado a relevância que os consumidores conferem à segurança e à privacidade dos dados, mas que "[*a]ny privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data (...) as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules*"[84]. Este é o entendimento que, apesar da divergência que alguns procuram extrair da nota de imprensa da CE[85], também resulta, em nosso entender, no essencial, da recente decisão *Microsoft/Linkedin*[86].

No que diz respeito ao direito norte-americano, parece existir alguma pacificação no sentido de que a salvaguarda da privacidade dos dados pessoais não deve caber ao direito da concorrência. Desde logo no supra referido relatório em matéria de *big data*, publicado em janeiro de 2016, a FTC considera que a tutela de privacidade neste âmbito pode recair na *Section* 5 do *FTC Act*, que proíbe "*unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*", não tendo, todavia, feito qualquer referência ao *Sherman Act*[87].

Também em sede da apreciação da concentração *Google/DoubleClick*, a FTC rejeitou a noção de que a apreciação de direito da concorrência devesse ter em conta questões relacionadas com prejuízos para a privacidade, ao referir que "*[t]he sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious*

83 *V.g.*, A este respeito, a Comissária Vestager afirmou na sua intervenção *Competition in a Big Data World*, supra citada, "*I don't think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems. "But that doesn't mean I will ignore genuine competition issues just because they have a link to data"*. Também na intervenção *Big Data and Competition*, supra citada, deve ser interpretada nesse sentido, apesar da menor clareza, ao referir-se que "*Above all, people need to know that their personal data will stay private. I don't need to tell you about how important that is. Both BEUC and the EDPS have made the point many times. And I think the new EU data protection rules will help to build that confidence*".

84 COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, parágrafo 164.

85 Giannino, 2016: 4.

86 COMP/M.8124 – *Microsoft/Linkedin*, parágrafos 177 a 179 e nota de rodapé 330.

87 FTC, 2016, 12-24.

detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry"[88]. A FTC separou também claramente as águas no âmbito da apreciação da concentração *Facebook/WhatsApp*, tendo sido remetida uma comunicação às partes, por parte do *Bureau of Consumer Protection*, relembrando as obrigações destas em sede de proteção de dados pessoais[89].

Além disso, importa notar que, ao contrário do que sucede com a generalidade das autoridades da concorrência da UE, a FTC norte-americana tem também competência em matéria de proteção do consumidor, tendo, no âmbito destas suas competências, tomado medidas no sentido de acautelar representações erróneas quanto à privacidade dos dados. Tal sucedeu, por exemplo, em relação ao *Facebook* por induzir em erro os consumidores ao informá-los de que podiam manter a sua informação no *Facebook* privada, ao mesmo tempo que permitia que esta fosse partilhada e tornada pública[90].

Em nosso entender, e sem prejuízo de desenvolvimentos subsequentes, importa notar, como ensinam Sokol e Comerford, que não faz particular sentido distinguir a privacidade de outros aspetos da oferta não relacionados com os preços, como a segurança e a eficácia dos produtos ou serviços[91].

Na verdade, estes elementos, apesar de potencialmente afetados pela concorrência, não são monitorizados pelo direito da concorrência, mas por disposições de direito do consumidor e de proteção de dados pessoais. A intervenção do direito da concorrência obedece a um enfoque económico com base no standard do bem-estar do consumidor, em particular em termos de impacto no preço e na produção, ao passo que enquadramentos normativos complementares, como o direito do consumidor e a proteção de dados pessoais, regulam o cumprimento das normas aplicáveis à proteção de dados pessoais enquanto valor em si mesmo.

Dificilmente se consegue conceber que as autoridades da concorrência estivessem capacitadas para apreciar a suficiência da tutela de privacidade garantida pelas empresas sendo que, ademais, a abertura do direito da concorrência à prossecução de outros objetivos que não o bem-estar do consumidor,

---

88 FTC File n.º 071-0170, 2.

89 Carta do *Bureau of Consumer Protection*, de 10.04.2014, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf.

90 Nota de Imprensa da FTC, *Facebook Settles FTC Charges it Deceived Consumers By Failing To Keep Privacy Promise*, disponível em https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2011/11/facebook-settles-ftc-charges-it-deceivedconsumers-failing-keep.

91 Sokol & Comerford, 2015, 1156 e ss.

em particular o excedente do consumidor, teria consequências relevantes em termos de sacrifício da coerência e da segurança jurídica[92].

Assim, é manifesto, da nossa perspetiva, que o direito do consumidor, a proteção de dados pessoais e o direito da concorrência servem diferentes objetivos, protegem os consumidores de diferentes prejuízos e operam em diferentes esferas, de tal forma que podemos divisar até situações de potencial conflito.

Esses conflitos podem ocorrer, por exemplo, entre o interesse dos consumidores na tutela da privacidade e o interesse de concorrentes no acesso a bases de dados de empresas com maior escala. Um conflito pode também ter lugar se uma empresa com elevados padrões de proteção de dados tiver, por motivos de direito da concorrência, de desinvestir parte do seu negócio para empresas que têm capacidade diminuída de tutela, ou se a recolha, partilha e utilização de dados for restringida por motivos de proteção da privacidade, com prejuízo para a competitividade e a inovação[93].

Por fim, importa referir que o supra mencionado Regulamento de Proteção de Dados imporá um regime mais estrito de tutela da privacidade, acautelando, por exemplo, a questão frequentemente suscitada da portabilidade dos dados. De acordo com este enquadramento normativo, o titular dos dados terá o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um operador, tendo ainda o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir. Deste modo, pelo menos após 25 de maio de 2018, dada de entrada em vigor do referido regulamento, este debate poderá estar relativamente mitigado, precisamente porque a tutela da privacidade dos dados pessoais foi reforçada por normas próprias[94].

5. CONCLUSÃO

Resulta do supra exposto que o controlo de *big data* corresponde, efetivamente, ao controlo de um ativo relevante, com impacto na forma como as empresas desenvolvem as sua estratégias comerciais, em particular no que respeita a plataformas *online* que utilizam dados pessoais dos utilizadores para prestar serviços particularmente melhorados.

---

92 Schepp & Wambach 2015, 123 e 124. Para mais desenvolvimentos quanto ao debate relativo ao objetivo do direito da concorrência, vide Odudu, 2006.

93 Balto & Lane, 2016, 12.

94 Breuvart, Chassaing & Perraut, 2016: 54.

Importa notar, todavia, que estes dados têm características particulares, tendo em conta que, sem prejuízo da necessária apreciação concreta, são, em geral, replicáveis, não exclusivos e permitem um acesso não rival por parte de vários operadores, sendo que os consumidores utilizam em simultâneo diversas plataformas *online*, o que se pode traduzir em limitadas barreiras à entrada, prejudicando teorias do dano com base na exclusão de operadores do mercado. Apesar de poderem existir *nuances* tendo em conta a menor difusão de determinados dados e a maior sofisticação na análise dos mesmos, parece poder estabelecer-se que o critério fundamental será apurar se permanecem disponíveis *big data* suficientes para que os concorrentes possam construir a sua oferta.

Como vimos, existe um crescente interesse da doutrina e das autoridades da concorrência por estas atividades, que tem evoluído de forma proporcional à relevância económica destas empresas. Do trabalho já realizado, e sem prejuízo dos muito aguardados desenvolvimentos resultantes das investigações à *Google*, e de outros estudos e investigações em curso, podemos concluir que as ferramentas clássicas do direito da concorrência serão suficientes para enquadrar eventuais infrações nesta sede. Não obstante, a recomendação neste âmbito será proceder com cautela, em particular quando estamos perante *fast markets*, marcados pela inovação, sob pena de poderem ser ocasionados prejuízos aos consumidores, incluindo restrições em termos de inovação.

As questões relacionadas com a tutela da privacidade permanecerão, certamente, no centro do debate, apesar de, em nosso entender, não existir qualquer vantagem, antes pelo contrário, em procurar utilizar o direito da concorrência para solucionar questões de privacidade, desde logo por inaptidão de parte a parte, sendo que o reforço das normas de tutela de dados pessoais, em particular a partir da entrada em vigor do Regulamento de Proteção de Dados na UE, poderá, em nosso entender, desejavelmente, reduzir a margem de divergência nesta sede.

BIBLIOGRAFIA

ACM

2016 *Grote Platforms Grote Problemen*, de 21 de novembro, disponível em https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16333/Grote-platforms-grote-problemen/_(consultado em 16.04.2017).

Araújo, Fernando

2006 *Introdução à Economia,* 3.ª Edição, Coimbra, Almedina.

Autoridade Europeia para a Proteção de Dados

2014 *Privacy and competitiveness in the age of big data*, de 26 de março de 2014, disponível em http://www.statewatch.org/news/2014/apr/eu-edps-competitition-law-big-data.pdf.

Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt

2016 *Droit de la concurrence et données*, de 10 de maio, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf (consultado em 16.04.2017).

Balto, David & Lane Matthew

2016 *Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data*, 22 de março de 2016, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249.

Berg, Werner & Weinert, Lisa

2017 *"Transaction-value merger threshold soon to be in force in Germany – update on the 9th ARC revision"* Kluwer Competition Law Blog, de 7 de abril, disponível em http://kluwercompetitionlawblog.com/2017/04/07/transaction-value-merger-threshold-soon-force-germany-update-9th-arc-revision/.

Bork, Robert & Sidak, Gregory

2012 "What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?", *Journal of Competition Law & Economics*, 8, pp. 688-691.

Breuvart, Charlotte, Chassaing, Étienne & Perraut, Anne-Sophie

2016 "Big data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives", *Concurrences*, n.° 3, pp. 41-55.

Chiou, Lesley & Tucker, Catherine

2014 "Search engines and data retention: Implications for privacy and antitrust", MIT Sloan Research Paper No. 5094-14, 27 de maio, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2441333.

CMA

2015 *The Commercial Use of Consumer Data*, disponível em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

Comissão Europeia

2016 *Commission Staff Working Document – Online Platforms*, COM(2016), de 288, de 25.05.2016.

Downes, Larry & Nunes, Paul

2014 *Big Bang Disruption*, Nova Iorque: Penguin Group.

Fórum Económico Mundial

2011 *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, disponível em, http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf.

FTC

2014 *Data Brokers: A Call For Transparency and Accountability: A Report of the Federal Trade Commission*, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparencyaccountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf.

2016 *Big Data a Tool for Inclusion or Exclusion: Understanding the Issues*, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf.

Giannino, Michele,

2016 *The Social Network No. 2: The European Commission Conditionally Clears the Microsoft Acquisition of Linkedin*, de 23 de dezembro, disponível em https://ssrn.com/abstract=2889261.

Graef, Inge

2015 "Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms", *World Competition*, 38(4), pp. 473–505.

Harbour, Pamela & Koslov, Tara

2010 "Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets", *Antitrust Law Journal*, 76, pp. 769-797.

Lamadrid, Alfonso & Villers, Sam

2017 *Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know to do it?* disponível em https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/01/cpi-lamadrid-villiers.pdf.

Lerner, Andres
2014 *The Role of "Big Data" in Online Platform Competition*, 26 de agosto, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780.
Newman, Nathan
2014 "The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google", *William Mitchell Law Review* 40-2, pp. 849-879.
OCDE
2013 *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, disponível em http://www.oecd.org/sti/inno/newsourcesofgrowthknowledge-basedcapital.htm.
2016 *Big data: Bringing competition policy to the digital era*, DAF/COMP(2016)14, de 27.10.2016.
Odudo, Okeoghene
2006 *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press.
Ohlhausen, Maureen & Okuliar, Alexander
2015 "Competition, Consumer Protection and the Right [Approach] to Privacy", *Antitrust Law Journal*, 1-80, pp. 121-156.

Rubinfeld, Daniel L. & Gal, Michal
2016 "Access Barriers to Big Data", de 26 de agosto, disponível em https://ssrn.com/abstract=2830586.
Schepp, Nils-Peter & Wambach, Achim
2016 "On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment", *Journal of European Competition Law & Practice*, 7-2, pp. 120-124.
Sokol, Daniel & Comerford, Roisin
2016 "Antitrust and Regulating Big Data", *George Mason Law Review* 23, pp. 1129-1161.
Stucke, Maurice & Ezrachi, Ariel
2015a "Artificial intelligence and collusion: when computers inhibit competition", *University of Tennessee Legal Studies Research Paper* No. 267, 9 de abril, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874.
2015b "No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data", Antitrust Source, *University of Tennessee Legal Studies Research Paper* No. 269, 28 de abril de 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051.

2015c "Debunking the Myths over Big Data and Antitrust", CPI Antitrust Chronicle, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 276, 31 de maio de 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612562.

Stucke, Maurice & Grunes, Allen

2016 *Big Data and Competition Policy*, Oxford: Oxford University Press.

Tucker, Darren & Welford, Hill

2014 *Big Mistakes Regarding Big Data*, Antitrust Source, disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec14_tucker_12_16f.authcheckdam.pdf.

Yoo, Christopher

2012 When Antitrust Met Facebook, *George Mason Law Review* 19, pp. 1147--1162.