

O DIREITO À PORTABILIDADE DOS DADOS PELA LENTE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: BREVE RELANCE EM CONTAGEM DECRESCENTE PARA A APLICAÇÃO DO REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTECÇÃO DE DADOS

*Rita de Sousa Costa**

SUMÁRIO: 1. Contextualização. 2. Barreiras à portabilidade dos dados e concorrência. 3. Algumas questões em aberto.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Abril de 2016 – Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados (doravante, RGPD) – começará a ser aplicado a 25 de Maio de 2018. O pacote legislativo de protecção de dados aprovado em Abril de 2016, que engloba o RGPD e a Directiva (UE) 2016/680, constitui a maior reforma jurídica em matéria de direito da protecção de dados das últimas duas décadas. Entretanto, em 10 de Janeiro de 2017, foi publicada a proposta de Regulamento *ePrivacy*, que será *lex specialis* relativamente ao RGPD, e que visa substituir a Directiva 2002/58/CE (Directiva *ePrivacy*) relativa ao tratamento de dados e privacidade no sector das comunicações electrónicas, uma directiva que, não obstante as alterações operadas pela Directiva 2009/136/CE, não acompanhou o progresso tecnológico. Neste sentido, a modernização dos instrumentos legislativos em matéria de privacidade e protecção de dados procura, por um lado, reforçar estes direitos

* Membro Colaborador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia da Universidade do Minho. Por opção da autora, este texto não segue a norma do acordo ortográfico da língua portuguesa de 1990.

fundamentais e, por outro lado, constituir uma prioridade para a consecução da estratégia europeia de “mercado único digital”.

Uma das novidades mais badaladas do RGPD é a consagração de um direito à portabilidade dos dados pessoais (artigo 20.º do RGPD). Com a inserção deste direito no catálogo de direitos do RGPD, o legislador europeu pretende reforçar o controlo e a consciencialização do titular sobre os seus dados pessoais¹. Genericamente, o direito à portabilidade dos dados consiste no direito de o respectivo titular (por exemplo, um consumidor) receber uma cópia dos dados fornecidos a um responsável pelo tratamento (por exemplo, uma empresa) e, subsequentemente, essa cópia ser transmitida a um outro responsável pelo tratamento (por exemplo, uma outra empresa). O direito à portabilidade não implica o apagamento dos dados por parte do primeiro responsável pelo tratamento.

Ora, já em 2012, o então Comissário Europeu da Concorrência, Joaquín Almunia, numa conhecida intervenção pública², afirmava que certos aspectos da proposta de reforma do quadro jurídico europeu de protecção de dados se dirigiam “*to the heart of competition policy*”, referenciando expressamente algumas características relevantes do direito à portabilidade dos dados. É que, na verdade, a questão da “portabilidade” já se colocava no plano – pelo menos, da dogmática – do direito europeu da concorrência, sem prejuízo de ainda não existirem decisões no *public enforcement* da Comissão³. Colocava-se (coloca-se) particularmente a questão de saber se a negação de um pedido de portabilidade dos dados poderia configurar uma situação de abuso de posição dominante proibida pelo artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁴.

1 Claramente neste sentido veja-se o considerando n.º 68 do RGPD e as “Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados” do GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º (doravante, GT29). O GT29 é o grupo de trabalho criado pela Directiva 95/46/CE que congrega representantes das autoridades de controlo de protecção de dados dos vinte e oito Estados-Membros da União Europeia (um representante por cada Estado-Membro). Após 25 de Maio de 2018, será substituído pelo Comité Europeu para a Protecção de Dados, passando a compreender atribuições mais vastas. Os pareceres e directrizes do GT29 são, por isso, muitíssimo influentes.

2 Almunia, 2012: SPEECH-12-860.

3 Em Novembro de 2010, a Comissão começou a investigar restrições contratuais impostas pela Google, no serviço AdWords, que vedavam aos anunciantes a possibilidade de aplicar, no seu *software*, mecanismos de cópia dos anúncios para outras plataformas de anúncio concorrentes (Almunia, 2012: SPEECH-12-372). A comunicação de objecções foi enviada em Julho de 2016 (*case* 40411).

4 Sobre este assunto, na doutrina, cfr., em particular, Geradin & Kuschewsky, 2013, Graef et al, 2013 e Vanberg & Ünver, 2017.

Este “artigo breve”, redigido num contexto prévio ao início da aplicação do RGPD, tem como objectivo lançar o debate em torno do tema da portabilidade dos dados.

2. BARREIRAS À PORTABILIDADE DOS DADOS E CONCORRÊNCIA

A imposição de limitações à portabilidade dos dados (o mesmo sucedendo, por maioria de razão, com sonegação total de pedidos de portabilidade) tem vindo a ser apontada como tendo potencial para, em determinadas circunstâncias, interferir com a política de concorrência. Uma linha de pensamento – não isenta de crítica, porém – que tem vindo a ser gizada é a de que, em determinados mercados (sem prejuízo da dificuldade inerente na sua definição), uma empresa em posição dominante, que se recuse a fornecer cópias dos dados pessoais de consumidores que pretendam subsequentemente cedê-las a concorrentes, poderá incorrer numa prática de exclusão abusiva, já que os concorrentes poderão, no limite, tornar-se incapazes de competir. Em mercados caracterizados pelos efeitos de rede (*network effects*), uma empresa em posição dominante poderá acabar por “prender” os consumidores ao seu *standard*. Se a esta situação vier aliada a hipótese de a empresa dominante não disponibilizar um mecanismo de portabilidade dos dados pessoais dos respectivos titulares, o mesmo consumidor verá aumentar os seus custos de transferência (*switching costs*). Isto significa que, com grande probabilidade, dificilmente optará por deixar os serviços desta empresa, mesmo na hipótese de uma concorrente oferecer condições mais favoráveis. O consumidor ficaria, assim, “aprisionado” (*locked-in*) a esta primeira empresa. A portabilidade dos dados tem vindo, por isso, a ser considerada instrumental a uma concorrência efectiva, em determinados mercados.

Alguns exemplos típicos colocam-se no plano das *cloud*, das plataformas de comércio electrónico, dos anúncios *online*, das redes sociais e serviços *over-the-top* (OTT), da Internet das Coisas (IoT), etc. Se um utilizador usar primacialmente uma *cloud*, dificilmente mudará para uma *cloud* concorrente, se isso implicar a perda de volumes de dados de uma plataforma para a outra, por incompatibilidade dos formatos. Nas plataformas de comércio electrónico, o problema coloca-se na disponibilidade dos perfis, designadamente no que concerne à importação da *expertise* do utilizador entre plataformas. E os exemplos poderiam prosseguir.

2.1. Em relance, o que consagra o artigo 20.º do RGPD e como o interpreta o GT29?

Tendo já sido avançada uma noção genérica do direito em escrutínio no primeiro ponto deste texto, expõe-se agora, de forma esquemática, através do quadro síntese I, o conteúdo propriamente dito do artigo 20.º do RGPD:

Quadro síntese I – Artigo 20.º RGPD: direito de portabilidade dos dados

Estrutura do direito	Condições para a respectiva efectivação:	Obrigações do responsável pelo tratamento
<p>Natureza dúplice. Comporta por um lado:</p> <p>– o direito de acesso aos dados (é um direito necessário para o titular poder exercer muitos outros direitos, desde a rectificação, ao apagamento, passando também pela portabilidade. Veja-se os acórdãos do TJ: C-553/07 <i>Rijkeboer</i>; C-486/12 <i>X</i>; C-141/12 <i>YS</i>; C-434/16 <i>Nowak</i>);</p> <p>e por outro lado:</p> <p>– o direito à transmissão dos dados a responsáveis terceiros.</p>	<p>– que o fundamento de legitimidade seja o <i>consentimento</i> ou a execução de <i>contrato</i>.</p> <p>– que o tratamento se realize por <i>meios automatizados</i>;</p> <p>– que se trate de <i>dados pessoais</i> (definição no artigo 4.º/1, RGPD) do titular e que sejam por ele “<i>fornecidos</i>” (vd. <i>infra</i>).</p> <p>– que o exercício do direito de portabilidade <i>não prejudique</i> direitos e liberdades de terceiros.</p>	<p>– Entregar os dados “num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática”;</p> <p>– Se tecnicamente possível e se o titular o pretender, entregar os dados directamente ao responsável terceiro.</p>
<p>Em caso de violação do direito: artigo 83.º, n.º 5, al. b) – no limite, 4% do volume de negócios anual considerado a nível mundial de uma empresa, se este valor for superior a 20 milhões de euros.</p>		

Um conceito com particular relevância – e que num futuro próximo poderá ser objecto de interpretação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) – é o de “dados fornecidos”. Para já, o GT29 sugere uma aproximação. Nas orientações supra referenciadas, o GT29 considera que “dados fornecidos” são i) os dados providenciados pelo respectivo titular e ii) os dados “observados”, isto é, gerados em função do uso de determinado serviço pelo titular. Ficam de fora os dados inferidos ou derivados pelo responsável pelo tratamento. Assim:



3. ALGUMAS QUESTÕES EM ABERTO

Com a introdução do direito à portabilidade dos dados, o RGPD poderá, indirectamente, pôr cobro a situações potencialmente controvertidas do ponto de vista jus-concorrencial. As razões para se conjecturar neste sentido devem-se ao facto de o RGPD elevar a portabilidade dos dados a direito e sujeitar a sua violação a um regime de sanções pecuniárias com um tecto elevadíssimo – o que, presume-se, constituirá um incentivo às empresas para estarem *compliant* –, enquanto no plano da concorrência a aplicação do artigo 102.º do TFUE não é sequer uma certeza.

Por outro lado, coloca-se a questão de saber se, para o direito da concorrência, eventuais investigações relativamente a práticas que sonquem ou obstaculizem a portabilidade dos dados poderão reger-se pelas condições do artigo 20.º do RGPD. Ora, uma eventual investigação de direito da concorrência deve, parecem-nos, firmar os seus próprios critérios de delimitação conceptual. Isto por várias ordens de razão: em primeiro lugar, é entendimento do TJ, desde o acórdão C-238/05 *ASNEF-Equifax*, que as questões relativas à protecção de dados “não são abrangidas, *enquanto tais*, pelo direito da concorrência” (itálico nosso), até porque se trata de ramos do direito com objectos e objectivos distintos, não obstante se poderem relacionar⁵ (a título exemplificativo, a portabilidade só assume relevância jurídica para o direito da concorrência no caso em que uma empresa se encontre adstrita aos especiais deveres decorrentes de explorar uma posição dominante); em segundo lugar, eventuais investigações de direito da

5 No seu discurso no *centre stage* da Web Summit 2017, em Lisboa, a actual Comissária Europeia da Concorrência, Margrethe Vestager, afirmou: “*if data does become an obstacle to competition, we have the tools we need to stop that*”.

concorrência poderão lidar também com dados de natureza não pessoal e, neste caso, não se aplicam as regras do RGPD, o que torna a análise da portabilidade em direito da concorrência mais ampla; em terceiro lugar, e em decorrência do elenco precedente, por maioria de razão, nada obriga a que uma eventual investigação de direito da concorrência siga o artigo 20.º do RGPD, no que concerne, designadamente, à obrigatoriedade de o tratamento se realizar de forma automatizada ou à vinculação às interpretações das entidades competentes em matéria de protecção de dados sobre, por exemplo, e entre outros, o conceito de “dados fornecidos”. Decorre do que aqui vai dito que, sendo a portabilidade consagrada nos termos do RGPD menos ampla (não obstante potencialmente dirigida a mais destinatários, uma vez que a norma é alheia à questão da posição no mercado dos mesmos) do que a que se poderá colocar em matérias concorrenciais, as suas configuração e delimitação conceptual, em direito da concorrência, serão mais dúcteis.

Não é, ainda, linear a questão de saber se o direito à portabilidade dos dados será integralmente benéfico para os consumidores. Só mediante a aplicação do RGPD e com a realização de estudos ulteriores se poderá determinar se os encargos económicos para as empresas, por força da adaptação dos sistemas à compatibilidade dos formatos, não poderão cominar, nalguma medida, a inovação. Sem prejuízo disto, tem sido também apontada (inclusive pelo próprio GT29) a possibilidade de reforço da inovação, mediante a criação de oportunidades de negócio, com o desenvolvimento de novos produtos que visem adaptar os sistemas.

Em última análise, muitas outras questões entretanto se colocarão. Como afirmou, de resto, o Comissário Almunia, “[w]hether this is a matter for regulation or competition policy, only time will tell”.

REFERÊNCIAS

Doutrina

VANBERG, Aysem Diker & ÜNVER, Mehmet Bilal

2017 “The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo?”, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 8, No. 1.

GRAEF, Inge et al

2013 “Putting the right to data portability into a competition law perspective”, *Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, <<https://ssrn.com/abstract=2416537>>.

GERADIN, Damien & KUSCHEWSKY, Monika

2013 “Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue”, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2216088>>.

Outras Fontes

VESTAGER, Margrethe

2017 “Clearing the path for innovation”, Lisboa, Speech at Web Summit 2017, <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/clearing-path-innovation_en>.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29.º (GT29)

2016 “Orientações sobre o direito à portabilidade dos dados” (revistas em 05.04.2017).

COMISSÃO EUROPEIA

2016 “Case 40411 Google Search (AdSense)”, <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411>.

ALMUNIA, Joaquín

2012 “Competition and personal data protection”, SPEECH-12-860, Bruxelas, Speech at Privacy Platform event: Competition and Privacy in Markets of Data, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm>.

ALMUNIA, Joaquín

2012 “Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation”, SPEECH/12/372, Bruxelas, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-372_en.htm>.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia, acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), processo C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, de 20 de Dezembro de 2017, ECLI:EU:C:2017:994 1.

Tribunal de Justiça da União Europeia, acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), processo C-141/12, *YS c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e*, de 17 de Julho de 2014, ECLI:EU:C:2014:2081.

Tribunal de Justiça da União Europeia, acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção), processo C-486/12, *X c. Heffingsambtenaar van de gemeente Z*, de 12 de Dezembro de 2013, ECLI:EU:C:2013:836.

Tribunal de Justiça da União Europeia, acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), processo C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M. E. E. Rijkeboer*, de 7 de Maio de 2009, ECLI:EU:C:2009:293.

Tribunal de Justiça da União Europeia, acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), processo C-238/05, *Asnef-Equifax, c. Ausbanc*, de 23 de Novembro de 2006, ECLI:EU:C:2006:734.