

IMPACTO DO E-COMMERCE NA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA*

Ana Ferreira Neves

A implementação efetiva do mercado único digital é um objetivo claro da Comissão Europeia, sendo o desenvolvimento do comércio eletrónico uma pedra angular na realização integral deste objetivo. No âmbito da sua estratégia relativamente ao mercado único digital a Comissão Europeia lançou em 2015 um inquérito setorial sobre o comércio eletrónico no qual procurou recolher o máximo de informação sobre as vendas online de bens de consumo e conteúdo digital.

A 10 de maio de 2017 a Comissão Europeia adotou o relatório final sobre o inquérito setorial, o qual confirmou que o crescimento do comércio eletrónico na última década levou a uma maior transparência de preços e a uma maior concorrência pelo preço com impacto direto na estratégia comercial das empresas e no comportamento dos consumidores. As conclusões do relatório final identificaram uma tendência crescente dos grandes fabricantes venderem os seus produtos diretamente aos consumidores através de lojas *online* próprias e de assim concorrerem com os seus distribuidores. Por outro lado, identificou também o uso crescente de sistemas de distribuição seletiva os quais permitem um maior controlo da rede em termos de qualidade e preço. O inquérito detetou ainda a existência de várias restrições relacionadas com limitações à venda em *marketplaces*, com o uso de ferramentas de comparação de preços ou com a exclusão de distribuidores de venda online das redes de distribuição.

Com o objetivo de eliminar barreiras que impeçam os cidadãos e empresas de beneficiar totalmente dos bens e serviços disponíveis *online*, a União Europeia trabalhou em diversas alterações legislativas que passaram pela revisão da diretiva dos serviços de pagamento (DSP2), pela publicação do

* Este texto corresponde, no essencial, à apresentação oral que efetuei na Conferência dos 10 anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, realizada no dia 12 de abril de 2019.

Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de fevereiro de 2018 que visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado (doravante “Regulamento *Geo-blocking*”) e pela revisão das normas de proteção de direitos dos consumidores. Neste último ponto foram recentemente publicadas as Diretivas (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, n.º 2019/770 sobre contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e n.º 2019/771 relativa aos contratos de compra e venda de bens, as quais pretenderam harmonizar certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos ou serviços digitais procurando adotar como base um nível elevado de proteção do consumidor.

O comércio eletrónico abarca uma grande diversidade de bens e serviços que vão desde os bens de consumo, aos serviços para utilização fora de rede (como bilhetes de avião ou de comboio) ou a venda de conteúdos digitais. A variedade de bens comercializados teve como consequência a criação de diversos modelos de negócio. Muitos produtores optaram pela integração vertical através da criação de lojas *online* próprias e outros mantiveram a intermediação na venda dos seus produtos utilizando quer distribuidores mistos (distribuidores no canal tradicional e distribuidores no canal *online*), quer apenas distribuidores no canal online (“*e-tailers*”). Um dos canais de distribuição característico da venda *online* é a venda através de plataformas de terceiros comumente designadas de *marketplaces*, as quais são plataformas *multisided* que ligam vendedores e compradores. Os *marketplaces* podem ser meras plataformas de intermediação como ocorre com o *e-bay*, ou modelos híbridos em que a plataforma oferece bens próprios e serviços de intermediação (ex. Amazon). O fenómeno das plataformas *multisided* não se cinge apenas aos *marketplaces* abrangendo também outras atividades como as redes sociais ou os motores de busca, sendo denominador comum a todas estas plataformas a interdependência entre os diferentes lados da plataforma. Uma definição ampla de comércio eletrónico inclui assim todas estas realidades as quais colocam questões muito específicas sobretudo se considerarmos que a grande maioria destes serviços são prestados a “aparente” custo zero para os consumidores. O financiamento assenta assim apenas em um dos lados da plataforma através do preço cobrado aos distribuidores e anunciantes. Esta estrutura de pagamentos cria uma interdependência entre os diversos grupos que utilizam a plataforma e pode colocar questões de definição de mercado relevante e de determinação de critérios para corretamente aferir o poder de mercado das empresas.

O crescimento expressivo do comércio eletrónico e dos diversos modelos de negócio implementados trouxe para a ordem do dia o tema das restrições

verticais, o qual não foi até ao presente uma área prioritária de atuação por parte das autoridades da concorrência que sempre concentraram os seus esforços nas infrações de natureza horizontal.

Em diversas jurisdições foram abertos processos relacionados com a manutenção de preços de venda (grande parte no Reino Unido), preços diferenciados (consoante os produtos são vendidos no canal *online* ou *offline*), ou mesmo a proibição de venda online ou a proibição de venda em *marketplaces*. Outro tema que originou uma intervenção por parte das autoridades de concorrência, nem sempre em sentido coincidente, foram as “cláusulas de nação mais favorecida” existentes em diversos contratos celebrados entre as plataformas e os fornecedores que oferecem bens ou serviços através dessas plataformas.

O impacto do comércio eletrónico na política de concorrência tem sido analisado em detalhe não apenas pela Comissão Europeia mas também pela OCDE [ver o relatório “*Implications of E-Commerce for Competition Policy – Background Note 6*” de 6 de junho de 2018 (doravante “Relatório OCDE”)] e por painéis de especialistas como ocorreu recentemente no Reino Unido com o relatório “*Unlocking Digital Competition*” de março de 2019 emitido a pedido do governo.

Os relatórios mencionados oferecem uma análise consistente dos desafios colocados pela transformação digital e em especial pelo comércio eletrónico. Como ponto de partida salientam a clara vantagem para os consumidores e empresas do crescimento do comércio eletrónico, o qual permite aos consumidores aceder a novas categorias de bens e serviços, muitas vezes a um preço mais baixo, e às empresas uma redução dos custos de entrada no mercado e o acesso facilitado a novos canais de distribuição. Sem prejuízo, identificam também potenciais restrições à concorrência e possíveis alternativas para melhor solucionar os problemas e barreiras à entrada identificados no setor.

Neste último ponto o Relatório da OCDE acima referido sublinha que muitas das soluções para as questões de mercado identificadas poderão exceder o âmbito de atuação da concorrência e que poderá ser necessário olhar para fora do direito da concorrência para encontrar soluções. O relatório aborda três alternativas possíveis que passam: (i) pela publicação de legislação específica para alguns dos problemas detetados. Tal abordagem foi adotada em matérias como o Regulamento *Geo-blocking* e também a nível nacional em França com a intervenção do legislador francês na proibição de uso de cláusulas de “nação mais favorecida” no setor Francês dos hotéis. Esta opção tem também as suas desvantagens uma vez que como referido no relatório a regulação pode sacrificar a flexibilidade conferida pelas normas de concorrência;

(ii) pelo fortalecimento da proteção do consumidor nos canais de *e-commerce*, designadamente em matéria de proteção de dados pessoais. A verdade é que a falta de harmonização nas normas de direito de consumo nos países da OCDE foi identificada como uma barreira chave à venda transfronteiriça *online*; e, por último, (iii) pela regulamentação específica das plataformas *multisided* consideradas “essenciais” no acesso à economia digital (ex: requisitos de conduta de mercado relativos a preços ou acesso ao investimento).

No caso do Relatório “*Unlocking Digital Competition*” este apresenta recomendações concretas para desbloquear os entraves identificados ao crescimento da economia digital. Assim, o relatório considera que os mercados digitais apenas podem funcionar efetivamente se suportados por políticas pró-concorrenciais fortes, não sendo suficiente o mero procedimento de controlo de concentrações (com carácter prévio) e os processos instaurados *a posteriori* por infração às normas de concorrência. Nestes termos, defendem a criação de uma Unidade Digital com as seguintes funções: (i) desenvolvimento com os operadores de mercado de um código de conduta (tal seria aplicável apenas às empresas com dimensão relevante no mercado e que detivessem um carácter estratégico); (ii) implementação de uma política de mobilidade dos dados pessoais (e não apenas portabilidade) e de uso de sistemas de *standards* abertos (exemplo desses sistemas é o caso do e-mail que usa protocolos que permitem que as mensagens sejam transmitidas na internet); e (iii) utilização da abertura de dados como uma ferramenta para promover a concorrência, permitindo acesso a dados anonimizados e reduzindo assim esta barreira à entrada num mercado em que o acesso aos dados tem um papel crucial.

Como refere o poeta Antonio Machado “*Caminante no hay camino, se hace camino al andar.*”, o que é especialmente adequado ao desenvolvimento da economia digital e do *e-commerce* em particular. O crescimento do *e-commerce* e a solução dos problemas identificados dependerá essencialmente de políticas mistas, as quais passam por regulação do que for estritamente necessário (por exemplo no âmbito da harmonização da proteção dos direitos dos consumidores), acompanhamento atento destes mercados por parte das autoridades de concorrência e implementação de políticas pró-concorrenciais, as quais poderão incidir, na senda das recomendações constantes do Relatório “*Unlocking Digital Competition*”, no incentivo à utilização de sistemas de *standards* abertos que permitam a interoperabilidade entre sistemas, na mobilidade de dados pessoais entre empresas a pedido do consumidor e no acesso a dados anonimizados que permitam às empresas mais facilmente concorrer no mercado.