

© *Cadernos de Direito Actual* N° 6 (2017), pp. 355-367
· ISSN 2340-860X - · ISSNe 2386-5229

O Abuso de Posição Dominante no Direito Europeu da Concorrência: Google – um *Delete* na Concorrência?

The Dominant Position Abuse in European Competition Law:
Google - a Delete in the competition?

LÚCIO CARLOS AFONSO FERRAZ¹

AMANDA MARA DA SILVA²

Universidade do Minho

Pontifícia Universidade Católica

Sumário: 1. Noções preliminares do Direito da União Europeia. 2. Princípio da Concorrência. 3. A investigação da Comissão Europeia: o caso Google. 4. Mercado relevante. 4.1. Do ponto de vista do produto. 4.2. Do ponto de vista geográfico. 5. Poder de mercado da Google. 6. Abuso da posição dominante: análise das situações identificadas pela comissão. 7. Reflexões finais.

Resumo: A União Europeia não é um Estado Federal – mas é mais do que uma confederação de Estados. O mercado interno é uma das suas maiores realizações no qual, gradualmente, as restrições ao comércio e à livre concorrência foram sendo eliminadas, de forma a contribuir para a melhoria dos níveis de vida dos povos europeus. Nessa medida, a política de concorrência mostra-se indispensável para assegurar que a concorrência no interior do mercado interno europeu seja não apenas livre como também leal. Para tanto, a Comissão Europeia, juntamente com o Tribunal de Justiça da União Europeia, são os *policimakers* encarregados de garantir o cumprimento da política de concorrência. O mercado Europeu é um mercado apetecível, e não negligenciável, para qualquer operador económico europeu ou não europeu, afinal de contas trata-se de um mercado em franco crescimento, altamente exigente e consumidor que conta com mais de 500 (quinhentos) milhões de pessoas. Em caso recente e ainda dito atual, dada a velocidade das informações, a empresa GOOGLE encontra-se sob foco de investigação da Comissão Europeia por violação do princípio da concorrência no mercado de pesquisas *online*.

Palavras-chave: A construção do projeto europeu / direito da concorrência / pesquisas *online* / Google

Abstract: The EU is not a Federal State – but it is more than a confederation of states. The internal market is one of the EU's achievements, which, gradually, the restrictions on trade and free competition were being eliminated, contributing to the improvement of the levels of the EU people's lives. To that extent, the EU competition policy is essential to ensure that competition within the European internal market is not only free but also fair. To this end, the European Commission together with the European justice court, are policymaker's ensuring compliance

¹ Doutorando em Direito Mercantil. Mestre em Direito de Contratos e Empresas pela Universidade do Minho, Portugal.

² Mestre em Direito Judiciário pela Universidade do Minho, Portugal.

with competition policy. The European market is an attractive market, not negligible, for any European or non-European trader, after all it is a market with over 500 (five hundred) million people. These days, the GOOGLE is – “under fire” – from the European Commission for breach of the sacrosanct principle of competition in the online market research.

Keywords: The construction of the European project / competition law / online research / Google

1. Noções preliminares do Direito da União Europeia³

A União Europeia surgiu da ideia de uma união política em escala capaz de assegurar paz, estabilidade e prosperidade a um continente marcado pela violência e destruição oriundos da I e II Guerra Mundial, tendo sido veiculada pela primeira vez por Winston Churchill em um célebre discurso proferido na Universidade de Zurique em 1946, quando sugeriu a criação, *mutatismutandis*, dos – “Estados Unidos da Europa”.

Hoje, com a distância de mais de meio século, sabemos que ideia de Winston Churchill desenvolveu-se e originou os mecanismos de integração e vias de cooperação supranacional, com a criação de entidades supranacionais para as quais os respectivos Estados-Membros transferiram os seus poderes soberanos.

A primeira concretização do projecto europeu foi, sob o ímpeto da “Declaração Shumann” (1950), a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada e constituída por seis Estados Europeus pelo Tratado de Paris (1951). O sucesso desta primeira concretização foi, porém, obscurecido pelo abandono do projeto da Comunidade Política de Defesa (1954), e que antecederia o Tratado de Roma (1957) – Comunidade Económica Europeia (CEE). O desiderato maior da CEE era a união aduaneira e, concretamente, o mercado único: livre circulação de pessoas, mercadorias, capitais e serviços, além da união política a médio e / ou longo prazo.

No entanto, seria apenas com o Ato Único Europeu, assinado em Luxemburgo em 1986, que a União Europeia viria a adquirir vida jurídica (art.º 1º), todavia, seria necessário esperar pela entrada em vigor do Tratado de Maastricht (1993), que se materializava em que três pilares: (i) dotar a União de um quadro institucional único que resultasse uma separação entre a ordem jurídica da União e a dos seus Estados-Membros e se sentia com diversos graus de intensidade no seio das Comunidades europeias; (ii) uma Política Externa e de Segurança Comum; e (iii) a cooperação nos domínios da justiça e assuntos internos.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa⁴ (2009), a UE englobou a anterior CEE (art.1º, 3º parágrafo, *in fine*) e adquiriu personalidade jurídica internacional (art.º 47º TUE), com a capacidade de celebrar acordos internacionais e tornar-se membro de organizações internacionais. Com o Tratado de Lisboa pretendeu-se tornar a UE: (i) mais eficiente, dotada de instituições adaptadas a uma Europa alargada (a leste); (ii) mais próxima dos cidadãos; (iii) mais eficaz e

³QUADROS, F. *Direito da União Europeia*, 3ª Edição, Almedina, 2013, *passim*; MACHADO, J. *Direito da União Europeia*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2014, *passim*; GORJÃO-HENRIQUES, M. *Direito da União Europeia*, 6ª Edição, Almedina, 2010, *passim*.

⁴*In medio*, houve ainda o Tratado de Amsterdão (no qual foram aprofundadas as matérias do 2º pilar); o Tratado de Nice (no qual foram aprofundadas a cooperação entre os Estados-Membros e adaptada a União face aos alargamentos dos países da Europa Central e Leste).

coerente no seu relacionamento com o mundo; e (iv) mais apta a responder aos desafios globais que se colocam neste início de século.⁵

A União Europeia é uma entidade política *sui generis*, única no mundo, que agrega atualmente 28⁶ (vinte e oito) Estados com competências alargadas (art.º 4º e 5º TUE) e prossegue fins muito diversos (art.º 3º TUE). A singularidade da UE resulta claro do quadro institucional⁷ em vigor: (i) instituições políticas de natureza intergovernamental – Conselho Europeu e Conselho da União Europeia; (ii) instituições de natureza supranacional – Parlamento Europeu e a Comissão Europeia; e (iii) instituições complementares de controle jurisdicional – TJUE –, e de controle administrativo – Tribunal de Contas e o Banco Central Europeu (art. 282º TFUE).

2. Princípio da Concorrência

A concorrência “constitui um princípio fundamental dos modelos de organização econômica de mercado – consagrado no ordenamento jurídico português [...] e europeu (art. 3º, nº 1, b), 101º e seguintes do [TFUE], assegurando uma maior eficiência produtiva [...], garantindo a satisfação dos consumidores [...] e promovendo, assim, o próprio desenvolvimento econômico-social geral”⁸.

As regras de concorrência da UE visam garantir condições justas e equitativas para as empresas, velando, simultaneamente, para que continue a haver espaço para a inovação, a adoção de normas comuns e o desenvolvimento das PME. Nos termos da legislação da UE, as empresas não podem: (i) fixar os preços ou repartir os mercados entre si; (ii) abusar de uma posição dominante num determinado mercado para afastar os concorrentes mais pequenos; (iii) realizar fusões se tal lhes conferir uma posição dominante no mercado.⁹

A política europeia no que tange a concorrência foi esculpida no Tratado de Roma (1957), prevendo à data um regime que garantisse a concorrência e não falseasse o mercado interno¹⁰. Visava a criação de um conjunto de regras concorrenciais eficazes capazes de garantir e assegurar o bom funcionamento do mercado europeu e, nessa medida, permitir aos consumidores beneficiar-se das vantagens proporcionadas por esse *mercado livre*¹¹.

O mercado interno pressupõe a realização da União Aduaneira, a liberdade de circulação dos *fatores de produção* – trabalhadores, mercadorias, serviços e capitais – enformado por três políticas distintas e indispensáveis: política agrícola, política comercial e *política da concorrência*¹². De resto, o atual art. 3º, nº 3 do TUE aponta que um dos objectivos da UE é a construção de um mercado interno, promotor de crescimento econômico equilibrado e estabilidade dos preços. Com

⁵QUADROS, F. OP. CIT., *passim*; MACHADO, J. OP. CIT., *passim*; GORJÃO-HENRIQUES, M. OP. CIT., *passim*.

⁶ Desataca-se que o número de países constituintes da União Europeia pode variar para mais ou menos, tendo em vista a possibilidade de adesão ou saída do bloco, exemplo, a recente saída do Reino Unido, aprovada por plebiscito na data de 24.06.2016, disponível em http://europa.eu/about-eu/basic-information/about/index_pt.htm [consultado em 22.07.2016].

⁷Vide a este respeito o artº 13º do TUE.

⁸ENGRÁCIA ANTUNES, J., *Os Grupos Societários no Direito da Concorrência* in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Almedina, 2013, p.379.

⁹Informação disponível em http://europa.eu/pol/comp/index_pt.htm [consultado em 20.07.2016].

¹⁰Na letra da lei: “[o] estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada” – art. 3º, al. f) do Tratado da CE.

¹¹GORJÃO-HENRIQUES, M., *ob. cit.* p.638 e ss.

¹²*Ibidem*.

efeito, pretende-se um mercado *livre, justo, leal e não falseado*, ancorado numa competição saudável entre empresas, com o objetivo de fomentar a *economia social de mercado* – dirigida para a melhoria das condições de vida dos povos europeus.

O direito da concorrência é atualmente um aspecto jurídico da maior importância para a economia europeia e mundial¹³. A sua riqueza e eficácia são um ponto de referência para o resto do mundo, na medida em que promovem a inovação e o desenvolvimento das PME's – acelerando o crescimento económico– e gerando um ambiente de concorrência leal, justo e robusto entre os vários agentes económicos, sabido que a livre concorrência traz preços mais baixos, melhor e maior qualidade dos produtos e serviços, variedade de escolha e empresas mais competitivas.

Nesse prospecto, as grandes empresas não podem utilizar o seu poder de negociação para impor condições que dificultem as relações entre os seus fornecedores ou clientes e as empresas concorrentes. A Comissão pode aplicar (e tem aplicado) multas às empresas por este tipo de práticas, na medida em que conduzem a preços mais elevados e/ou a menos opções para os consumidores. Os inquéritos da UE sobre práticas anticoncorrenciais não se limitam aos bens, abrangendo também determinadas profissões e serviços e, ao longo dos últimos anos, a Comissão tomou várias decisões no qual constatou-se práticas anticoncorrenciais, aplicando multas que totalizaram cerca de 1800 milhões de euros.¹⁴

O direito da concorrência possui caráter *normativo e institucional*, bandeira da própria UE – ínsito e originário no próprio Tratado – *in casu*, Título VII do TFUE (art. 101º a 109º)¹⁵. Assim, é uma verdadeira liberdade de concorrência económica de natureza jusfundamental. Ao lado do direito originário, mas com valor normativo inferior, temos o *Direito Derivado*¹⁶ – Diretivas ou Regulamentos, para o direito da concorrência, cumpre destacar o Regulamento 1/2003 que densifica e operacionaliza as normas dos art.º 101º e 102º TFUE.

Relativamente ao Regulamento 1/2003, cumpre tecer-se algumas considerações. Este diploma prevê um *regime sancionatório* pela violação das disposições do art. 102º TFUE. Aqui aparecem também, com relevo, as autoridades nacionais¹⁷– incumbidas da aplicação do direito da concorrência da EU – em cooperação com CE (*European Competition Network*)¹⁸, que resulta de uma atividade concertada, coerente e dinâmica nos domínios da tutela e aplicação da concorrência no espaço europeu.

Igualmente importantes são as Decisões e as Comunicações da CE, estas não têm *efeitos jurídico-vinculativos*, contudo são um importante instrumento para entender a perspectiva da CE e sua atuação; aquelas têm *efeitos jurídico-vinculativos* sobre os agentes do mercado e estão sujeitas ao escrutínio do poder jurisdicional (TJUE).

¹³ MACHADO, J., *ob. cit.*, pp. 414 e ss.

¹⁴ Disponível em: http://europa.eu/pol/comp/index_pt.htm, [consultado em 20.07.2016].

¹⁵ Uma chamada de atenção também para as liberdades económicas consagradas nos art. 15º a 17º CDFUE.

¹⁶ Direito emanado pelas instituições europeias, *v.g.*, CE ou PE.

¹⁷ Vide no caso português – Autoridade da Concorrência, disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx> [consultado em 20.07.2016].

¹⁸ Cfr. MACHADO, J., *ob. cit.*, p. 420.

3. A investigação da Comissão Europeia: o caso Google

A Comissão Europeia, em 30 de Novembro de 2010, emitiu um comunicado de imprensa¹⁹ no qual anunciava a instauração de uma investigação sobre práticas anticoncorrenciais, relacionadas com o *abuso de posição dominante* do Google no mercado europeu de pesquisas *online*.

Pela voz de Joaquim Almunia, à data Vice-Presidente da Comissão Europeia, foram identificadas quatro coordenadas nas investigações da Comissão: (i) o possível tratamento preferencial dos seus próprios serviços de buscas verticais²⁰ nos resultados de pesquisas naturais²¹ em detrimento dos produtos de concorrentes; (ii) a apropriação não autorizada do conteúdo de sítios de motores de buscas verticais concorrentes para utilização nos seus próprios serviços; (iii) a celebração de acordos de exclusividade com parceiros a quem fornece espaços publicitários associados à pesquisa em linha²², sendo os anúncios fornecidos maioritariamente pela plataforma Google; e (iv) a imposição de restrições contratuais a programadores informáticos que os inibem de desenvolver e disponibilizar ferramentas para a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do sistema *Google AdWords* para outras plataformas de publicidade associadas à pesquisa em linha²³.

A fim de evitar o procedimento previsto no artigo 9º do Regulamento (CE) 1/2003²⁴, o Google apresentou à Comissão um conjunto de medidas corretivas por forma a resolver as (quatro) situações alegadamente identificadas como anticoncorrenciais²⁵. Desde então foram feitos testes de mercado para tentar perceber se essas medidas obtiveram resultados satisfatórios – o que pareceu não acontecer. Diante dos resultados insatisfatórios, a Comissão proferiu um comunicado²⁶ de objeções ao Google – que culminou com as investigações iniciadas em Novembro de 2010 – acusando-o de *abuso de posição dominante* nos mercados de serviços globais de busca na *Internet*, no Espaço Económico Europeu (EEE), e

¹⁹ Comunicado de imprensa IP/10/1624 de 30 de Novembro de 2010: “*Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*”, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm [consultado em 20.07.2016].

²⁰ Em alternativa e para melhor compreensão: « [pesquisadores] verticais são buscadores que realizam pesquisas “especializadas” em bases de dados próprias de acordo com suas propensões» *apud* http://www.pt.wikipedia.org/wiki/Motor_de_busca [consultado em 22.07.2016].

²¹ Trata-se de pesquisas gratuitas distinguindo-se dos resultados que são pagos ou links patrocinados.

²² Trata-se da lista ordenada que resulta de uma determinada pesquisa *online* orientada por um critério de relevância.

²³ Vide a este respeito: “*Statement of VP [Joaquim] Almunia on the Google antitrust investigation*”, disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/372&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [consultado em 23.07.2016].

²⁴ Este regulamento estabelece as sanções dos comportamentos previstos no artigo 102º do TFUE. A Comissão Europeia, por sua iniciativa ou mediante denúncia, inicia um processo conducente à aplicação de sanções à empresa infractora. Neste tipo de processos, geralmente, é negociada uma solução de compromisso entre a Comissão e a empresa por forma a suspender este processo. Contudo, se de tal concertação não resultar efeitos positivos serão aplicadas sanções pecuniárias e a injunção de condutas à empresa implicada, *apud* MOTA DE CAMPOS, J., LUÍS DE CAMPOS, J., PINTO PEREIRA, A., “*Manual de Direito Europeu*”, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 648 e ss.

²⁵ Comunicado de imprensa IP/13/371, de 25 de Abril de 2013, “*Antitrust: Commission seeks feedback on commitment offered by Google to address competition concerns*”, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm [consultado em 23.07.2016].

²⁶ Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_pt.htm [consultado em 23.07.2016].

que se traduz no favorecimento sistemático dos seus serviços comparativos de preços nas páginas de resultados da pesquisa global ou universal.

4. Mercado relevante

Uma das questões mais sensíveis no seio do direito da concorrência é a identificação de *mercado relevante* em que a concorrência ocorre. De resto, qualquer (eventual) “*violação das normas da concorrência, que alegue efeito anticompetitivo ou poder no mercado, só é possível mediante essa previa delimitação* [de mercado relevante]”²⁷. Pelo mesmo diapasão Miguel Gorjão-Henriques define que o abuso de posição dominante só pode acontecer em mercado relevante (*relevantmarket*), de tal sorte a noção de mercado relevante é condição *sine qua non* para a determinação da existência (ou não) de uma posição dominante²⁸. Um instrumento indispensável nestas lides é a Comunicação da Comissão 97/C 372/03, relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos de Direito Comunitário da Concorrência²⁹, designadamente o considerando 10.

4.1. Do ponto de vista do produto

A *delimitação material* do mercado é feita sob a ótica do consumidor, ou seja, abrange produtos e serviços, os quais o consumidor pode substituir por outros equivalentes³⁰. Neste sentido, a *delimitação material, in casu*, do mercado configura uma análise complexa em virtude das evoluções e inovações tecnológicas que lhes estão associadas.

Através dos motores de busca (*internet*) é possível obter de forma rápida resultados sobre informações dispostas na rede, mediante a utilização de palavras-chave tecladas pelos utilizadores. Tais resultados são agrupados por uma *ordem de relevância* de acordo com critérios estabelecidos pelos algoritmos utilizados pelos motores de busca.

Os resultados da pesquisa num motor de busca não são apenas os resultados *naturais* ou *orgânicos* ordenados por um determinado critério de relevância; também são resultados especializados, relacionados aos mesmos termos da busca, como imagens, vídeos, notícias, mapas e outros. Para além destes, também são apresentados uma lista de anúncios – chamados de “*resultados patrocinados ou links patrocinados, gerados com base nas mesmas palavras-chave utilizadas nas consultas*”³¹.

Ao que parece os motores de busca estão ao serviço de dois tipos de utilizadores, ligados por uma plataforma comum, cuja utilização por uma das partes causa impacto directo na outra: temos de um lado os usuários, que utilizam a plataforma *gratuitamente* e, de outro lado os anunciantes, que utilizam a plataforma de forma *remunerada*. No mercado de buscas, o Google (e os demais concorrentes) procuram promover os seus serviços através da qualidade e

²⁷Cfr. MACHADO, J., *ob. cit.*, p. 424.

²⁸ De acordo com a jurisprudência comunitária, essa definição (de mercado relevante) é obrigatória para apurar se as condutas em causa são susceptíveis de afectar as trocas comerciais e falsear o tráfico comercial. Neste sentido, *vide*, por ex., Ac. SPO v. Comissão, T-29/92, de 21.2.1995.

²⁹ Publicado no J.O. C 372, de 09.12.1997 e disponível em: [http://www.eur-ex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=PT](http://www.eur-ex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=PT) [consultado em 23.07.2016].

³⁰Cfr. MACHADO, J., *ob. cit.*, p. 425.

³¹SARETTA FERRARI, L., “*Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?*”, in Revista de concorrência e regulação”, Ano IV . n.º 14/15 - Abr/Set 2013, p.248.

relevância dos resultados de pesquisa³². Assim, o maior fluxo de usuários incita a procura dos anunciantes e, conseqüentemente, a arrecadação de receita.

Por todo o exposto, verifica-se que a delimitação dos mercados em relação ao produto, deverá englobar tanto o mercado de pesquisa global, como o mercado de publicidade associado à pesquisa em linha, em virtude da sua *infungibilidade*. Contudo, conforme preconiza Lucas Ferrari, o mercado de publicidade em linha poderá ser subdividido no mercado de publicidade associada à pesquisa em linha e no mercado de intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha. Por sua vez, o mercado de buscas global pode ser cindido, ainda, num mercado específico de buscas verticais³³.

4.2. Do ponto de vista geográfico

O mercado geograficamente relevante pretende analisar a extensão de território no qual os produtos e / ou empresas concorrem. A este critério deve presidir a homogeneidade das condições em que as empresas fornecem seus produtos / serviços.

No caso sob análise, a determinação geográfica do mercado pode ser feita utilizando a dialéctica dos casos precedentes da Comissão, baseados em situações análogas, tais como: *Google / DoubleClick*³⁴ e *Microsoft / Yahoo! Search Business*³⁵. A Comissão considerou que os anúncios publicitários são orientados para um público específico, associados a uma certa cultura, por isso o mercado relativo à publicidade em linha deve ser delimitado como um mercado dividido geograficamente de acordo com as fronteiras nacionais ou linguísticas no interior do Espaço Económico Europeu (EEE).

Quanto ao mercado de buscas globais – no caso *Microsoft / Yahoo! Search Business* – a Comissão Europeia salientou que o conhecimento generalizado dos motores de busca e o carácter geográfico deste mercado, poderiam ser mais amplos do que a limitação a barreiras linguísticas ou nacionais, abrangendo todo EEE.

5. Poder de mercado do Google

O Google assume no mercado supra analisado uma posição de destaque. A quota de mercado da qual dispõe consubstancia quase uma situação de *monopólio perfeito*, pois conforme adianta Joaquim Almunia, em 2010³⁶, o principal motor de

³²Vide a descrição da própria Google: “[o] Índice de Qualidade é uma estimativa da relevância que os seus anúncios, as suas palavras-chave e a sua página de destino têm junto da pessoa que vê o anúncio. Ter um Índice de Qualidade elevado significa que os nossos sistemas creem que o seu anúncio, a sua palavra-chave e a sua página de destino são relevantes e úteis para quem vê o anúncio. Ter um Índice de Qualidade baixo significa que, provavelmente, os seus anúncios, palavras-chave e página de destino não são tão relevantes e úteis para quem vê o anúncio” [itálico nosso] disponível em: <http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=2454010> [consultado em 23.07.2016].

³³SARETTA FERRARI, L., *últ. ob. cit.*, pp. 249 e ss.

³⁴Vide a decisão da Comissão Europeia, de 11 de Março de 2008, COMP/M.4731 - Google/DoubleClick. Texto disponível em versão electrónica em: http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf [consultado em: 24.07.2016].

³⁵Vide a decisão da Comissão Europeia, de 18 de Fevereiro de 2010, COMP/M.5727 - Microsoft/Yahoo! Search Business. Texto disponível em versão electrónica em: http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_2_61202_EN.pdf [consultado em: 24.07.2016].

³⁶Ao tempo do início das investigações ao eventual abuso da posição dominante da Google, despoletadas pela Comissão Europeia.

buscas na Europa beneficia de uma quota de mercado de 95%³⁷. Concomitantemente, a quota de mercado da publicidade em linha, associada à pesquisa é equivalente³⁸.

Conquanto, neste contexto, a posição dominante não pode ser aferida somente pela quota de mercado que a empresa dispõe, “*pois está permanentemente exposta ao risco da entrada de novos concorrentes que venham a desenvolver outras tecnologias mais inovadoras e eficientes e que, assim, possam atrair [para os] seus usuários e assumir sua parte no mercado*”³⁹. Assim, devem ser tidos em conta outros fatores, designadamente os efeitos de rede ou economias de escala capazes de pender o mercado para uma determinada plataforma⁴⁰.

Para o efeito, salienta-se uma técnica usada pelo Google: a pesquisa associada a um padrão de procura – a qual poderá produzir efeitos indesejados no mercado. Esta forma de pesquisa torna-se mais apelativa para o usuário⁴¹, realidade que o Google tem em boa consideração – alocando fortes investimentos para este âmbito⁴². Esta estratégia, caso obtenha bons resultados, pode ter efeitos indesejados, designadamente os “*efeitos de rede decorrentes do acumulo de informação sobre o comportamento dos usuários absorvidos pelo motor de busca*”⁴³.

Com este mecanismo, quanto maior for o número de pesquisas, maior será a informação sobre as preferências dos usuários retida pelo motor de busca, os quais podem adaptar e melhorar os seus algoritmos de busca, fornecendo resultados mais exatos, próximo dos desejados pelo usuário. A progressiva evolução dos motores de busca promove resultados de maior qualidade, os quais são apreendidos directamente pelos usuários, atraindo, conseqüentemente, um maior número de utilizadores. Esta vantagem do Google torna-a atrativa para os anunciantes, podendo, através desta plataforma, recorrer à base de dados das preferências dos usuários para direccionar a sua política de *marketing*.

Esta conjuntura torna o Google uma ferramenta publicitária imprescindível, conforme salienta a Comissão Europeia na decisão do caso COMP/M.5727 – *Microsoft / Yahoo! Search business*⁴⁴, considerando igualmente que os outros motores de busca – concorrentes da Google – não dispõem de volume de tráfego suficiente para ser uma forte alternativa e concorrência. Neste contexto, os custos associados à manutenção de uma plataforma deste tipo são suportados pelos anúncios publicitários associados à pesquisa, sendo o Google detentor da maior parte da quota de mercado.

³⁷Vide “Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for competition policy *Com-petition in Digital Media and the Internet UCL Jevons Lecture London, 7 July 2010*”, disponível em: <http://www.europa.eu/rapid/pressReleases>Action.do?reference=SPEECH/10/365> [consultado em 24.07.2016]

³⁸Vide a decisão da Comissão Europeia, de 18 de Fevereiro de 2010, COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*. Texto disponível em versão electrónica em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf

³⁹ SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.*, p. 255.

⁴⁰Cfr. *últ.ob cit.*, p. 255.

⁴¹ Maurice Stucke “*Behavioral Antitrust and Monopolization*”, in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 8, n.º 3, p. 556 *apud* SARETTA FERRARI, L., *ob cit.*, p. 255.

⁴²Cfr. “*The Default Choice, So Hard to Resist*”, *The New York Times*, 16 de Outubro de 2011, dispo-nível em: <http://www.nytimes.com/2011/10/16/technology/default-choices-are-hard-to-resist-online-or-not.html> *apud* SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.*, p. 255.

⁴³ SARETTA FERRARI, L., *ob cit.*, p. 256.

⁴⁴Vide nota pé de página n° 39.

Nesta senda, os efeitos de rede, nos mercados de buscas e publicidade em linha criam entraves evidentes à entrada de novos concorrentes⁴⁵, evidenciando a posição dominante da Google nestes mercados, pois *não enfrenta uma pressão concorrencial suficientemente eficaz* e, nessa medida, desfruta de um poder de mercado notável e imbatível.

6. Abuso da posição dominante: análise das situações identificadas pela comissão

O art. 102º do TFUE não proíbe nem sanciona a posição dominante; o que não admite é o abuso desse poder no mercado. Uma prática abusiva pode assumir várias formas e ser descrita sob diversas classificações. O art. 102º TFUE contém um rol *exemplificativo* dessas situações abusivas, perante as quais, a empresa com uma posição relevante, dominante, tem a especial obrigação de as cumprir⁴⁶.

Como referenciado, a Comissão destacou quatro comportamentos que se podem consubstanciar em práticas abusivas na aceção do artigo 102º do TFUE, abaixo expostas e analisadas:

(i) *Favorecimento dos seus próprios serviços de buscas verticais*⁴⁷ nos resultados de pesquisas naturais⁴⁸

O Google dispõe, no mercado de buscas universais, uma posição dominante, cuja plataforma é um importante meio de veiculação das buscas verticais, inclusive para os motores de busca verticais de outros concorrentes. Sustenta-se que o Google beneficia os seus serviços de pesquisa vertical exibindo-os numa posição destacada nos resultados naturais, prejudicando, dessa forma, os concorrentes no mercado de buscas verticais.

Contudo, o Google refuta essa manigância, sustentando que é natural que alguns sítios da Internet não figurem no topo das listas de resultados, devido à sua menor qualidade ou (ir)relevância⁴⁹. Esta questão parece ter começado a assumir maior relevância a partir de 2007, quando o Google, através do sistema *Universal Search*⁵⁰, passou a avocar os seus produtos aos resultados orgânicos de busca, independentemente do seu algoritmo de pesquisa universal⁵¹.

Os sites especializados em buscas verticais dependem, em grande parte, da sua exposição nos resultados de pesquisas naturais do Google para atrair usuários aos seus serviços. Uma posição privilegiada nos resultados dessa pesquisa assume grande importância, pois tornam-se mais populares, e com isso, aumentam seu tráfego de utilizadores, o que possibilita a atração de um maior número de consumidores e de anunciantes⁵². Desse modo, caso a Google beneficie um dos seus sites de buscas vertical na sua lista de resultados naturais, *“este sítio também*

⁴⁵Cfr. *últ. ob. cit.*, p. 259.

⁴⁶*Vide* neste sentido o Ac. do TJ de 9 de Novembro de 1983, Michlin v. Comissão, proc. 322/81, considerando 57.

⁴⁷ A busca vertical permite uma maior focalização nos conteúdos, voltados apenas para temas específicos. A intenção dessa modalidade de busca é a qualidade dos resultados.

⁴⁸O mesmo é dizer pesquisas gratuitas.

⁴⁹Cfr. *“Competition in a instant”*, disponível em: <http://www.googlepublicpolicy.blogspot.pt/2010/09/competition-in-instant.html>, [consultado em 20.07.2016].

⁵⁰ Este sistema permite incluir numa lista de resultados orgânicos uma mescla de outros resultados especializados, *vide* neste sentido: <http://www.googleblog.blogspot.pt/2007/05/universal-search-best-answer-is-still.html>, [consultado em 20.07.2016].

⁵¹Cfr. SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.*, p. 262.

⁵²*Ibidem*, p. 263.

acabará por alcançar uma melhor posição nas listas de resultados naturais de outros motores de buscas globais como o Yahoo! ou o Bing⁵³.

Com efeito, o Google alarga o seu poder de um mercado em que é dominante para outro mercado que via de consequência acaba por dominar, ou seja, do mercado de buscas naturais para o mercado de buscas verticais. Ora, o mercado de buscas naturais é indispensável para o mercado de buscas verticais, sendo o Google quem detém o controlo desse mercado pode-se deduzir que manipula os resultados de busca, de forma a *privilegiar os seus serviços* de pesquisa vertical⁵⁴.

Uma outra situação prende-se com o efeito defensivo da extensão da posição de domínio em um mercado para outro⁵⁵, ou seja, para reforçar a sua posição no mercado de buscas universais promove a *eliminação da concorrência* no mercado de buscas verticais. Nesta situação, o tratamento diferenciado (quanto ao posicionamento menos destacado dos resultados de buscas universais de serviços de buscas verticais concorrentes localizados num mercado distinto) em benefício dos seus próprios produtos (e se considerarmos o serviço de pesquisa universal da Google indispensável à prestação dos serviços de busca vertical) pode enquadrar-se num comportamento *anticoncorrencial* devido ao tratamento discriminatório que lhe é dado.

A despeito de tudo o que foi dito, caso o Google, através do seu serviço de busca universal, disponha os seus serviços de busca vertical numa posição privilegiada, fruto da sua relevância e não na manipulação dos resultados de pesquisa, não podemos dizer que há um comportamento discriminatório e abusivo para efeito do art. 102º do TFUE.

(ii) Apropriação não autorizada de conteúdos de sites de motores de busca verticais de concorrentes

Uma outra prática anticoncorrencial identificada pela Comissão é a apropriação pelo Google de conteúdos dos *sites* de busca verticais de outros concorrentes, aproveitando-se indevidamente dos esforços realizados por estes. Esta prática reduz a promoção de novos investimentos e inovação, de forma a gerar prejuízos aos consumidores. Assim sendo, este comportamento enquadra-se na previsão estatuída na alínea *b* do artigo 102º do TFUE.

Esta prática pode ter como consequência a eliminação da concorrência nos mercados de busca verticais pela redução do fluxo de usuários, afetando a estrutura da concorrência nestes mercados⁵⁶. Contudo, não se pode deixar de referenciar que há propostas para uma solução alternativa, que seria o enquadrando deste comportamento na disciplina da concorrência desleal⁵⁷, visto que o ato em causa é suscetível de criar confusão nos usuários quanto à origem do conteúdo, com claro intuito de desviar a clientela dos concorrentes.

(iii) Acordos de exclusividade com sites parceiros aos quais fornece anúncios publicitários associados à pesquisa em linha

⁵³ *Ibidem*, p. 263.

⁵⁴ Situação análoga ao Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de Outubro de 1985, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c. SA Compagnieluxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Informationpublicité Benelux (IPB)*, proc. 311/84.

⁵⁵ Cfr. LUCAS SARETTA FERRARI, *ob. cit.*, p. 264.

⁵⁶ Esta hipótese é enquadrada, pela jurisprudência, no artigo 102º, al. b) do TFUE. Cfr. Acórdão TJUE de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-LaRoche/Comissão*, 85/76, considerando 125.

⁵⁷ Cfr. SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.*, pp. 268 e ss.

O Google detém uma posição relevante no mercado da intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha, e se não dispor de uma posição dominante naquele mercado isoladamente, detém-na no conjunto de mercados (mercado de pesquisa global e o mercado da publicidade em linha). Esta tese foi adotada no caso *Tetra Pak II*⁵⁸, no qual, perante contornos análogos, se sustentou a aplicação do art. 102º do TFUE. Nesta senda, a celebração de acordos de exclusividade no fornecimento de publicidade com *sites* que dependem da plataforma de pesquisa global do Google pode enquadrar-se num *abuso de posição dominante*, além do mais, não se vislumbra qualquer benefício para consumidor com a celebração de tais acordos, não beneficiando do regime previsto no Regulamento (CE) 330/2010⁵⁹.

O principal objetivo destes acordos parece ser a eliminação da concorrência no mercado de intermediação publicitária e a concomitante absorção de todo o mercado de buscas globais. Uma vez que os outros concorrentes dependem dos anúncios publicitários para sustentarem as suas despesas com a manutenção dos serviços de busca global, a detenção da quota majoritária do mercado de intermediação publicitária teria como consequência (ainda que indirecta) a aniquilação da concorrência daquele mercado de buscas.

Premissa relevante para inferir esta realidade é o facto do fornecimento dos anúncios relacionados com a pesquisa em linha do sistema *AdSense* ser acompanhado de uma disponibilização de caixas de pesquisa personalizadas para utilização nos *sites* parceiros. A exclusividade imposta pelo Google impossibilita que motores de buscas concorrentes distribuam as suas caixas de pesquisas para esses *sites*, inviabilizando a promoção dos seus conteúdos, e, em consequência, o fluxo de usuários diminui⁶⁰, dificultando o desenvolvimento do seu motor de pesquisa.

(iv) *Restrições à portabilidade de dados relacionados com a publicidade em linha*

O último tópico referenciado pela Comissão, que poderia configurar uma situação abusiva de posição dominante é a imposição de restrições contratuais a programadores informáticos que utilizem os recursos de interoperabilidade do seu sistema *AdWords*, proibindo-os de disponibilizar ferramentas que permitam aos anunciantes a transferência de dados de campanhas publicitárias desse sistema para plataformas concorrentes⁶¹.

Esta restrição de portabilidade tem um efeito negativo para os anunciantes, uma vez que são obrigados a configurar separada e manualmente as suas campanhas publicitárias, dificultando sobretudo a sua administração. Todas estas dificuldades na transposição de dados da plataforma do Google para outras visam promover uma concentração de campanhas publicitárias numa só plataforma, passando os concorrentes da Google a receber menos anunciantes – menos financiamento – nas suas plataformas de publicidade associada à pesquisa em linha.

Destarte, a conduta do Google em restringir a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do seu sistema *AdWords* cria evidentes dificuldades à entrada no mercado de buscas e de publicidade associada à pesquisa em linha de novos concorrentes, *eliminando* por outro lado a concorrência já existente,

⁵⁸Cfr. Acórdão TJUE, 14 de Novembro de 1996, *Tetra Pak c. Comissão*, proc. C-333/94, considerando 31.

⁵⁹O presente regulamento prevê a celebração de determinados acordos verticais e práticas concertadas.

⁶⁰Cfr. *últ. ob. cit.*, p. 272.

⁶¹*Ibidem*, p. 273.

reforçando a sua posição de domínio no mercado de pesquisa em linha, portanto, violando o disposto no art. 102º do TFUE.

7. Reflexões finais

O mercado digital assume uma relevância importante nos nossos dias. Em tempos pretéritos havia dificuldade em enxergar isso. Atualmente, as tecnologias de informação e da comunicação (TIC) estão inseparavelmente ligadas a todos os aspectos da vida contemporânea. É, de resto, o mercado com maior número de *consumidores (lato sensu)* e com uma dinâmica empiricamente incalculável e infinita (podemos anunciar, comprar, vender, reclamar, profissionalizar, socializar, entre outros.). Nessa medida, concorrem enormes desafios para a *agenda digital*, no que diz respeito à concorrência.

A política da concorrência na UE assume uma enorme importância na efetiva concretização do mercado interno, sendo um esteio da própria “construção europeia” – e condição de toda a política econômica da União. Os “novos mercados”, com atrações evidentes, ostentam serias dificuldades, designadamente na definição de mercado relevante, em que a Comissão Europeia tem dado resposta de forma salutar⁶².

O estabelecimento de uma efetiva concorrência, independentemente do mercado é fundamental para manter um fluxo transacional de produtos e serviços equilibrado, para benefício dos consumidores. Assim deve ser no mercado tradicional, como no *mercado digital*, garantindo a possibilidade de entrada de novos concorrentes nesse mercado com fito de promover o desenvolvimento tecnológico. Em suma: diligenciar sempre no sentido de garantir um mercado concorrencial.

A política da concorrência da UE tem um papel importante e decisivo para ajudar a Europa a sair da crise melhor preparada para um crescimento mais equilibrado e sustentável, no qual se as empresas não possuem tecnologia e capacidade de aliar produção, qualidade e preço, não possuem oportunidades de concorrência e sobrevivência, visto a voracidade do mercado financeiro global.

Referências Bibliográficas:

- DE CAMPOS, M., DE CAMPOS, J. L., PINTO PEREIRA, A., “Manual de Direito Europeu”, 7ª edição, Coimbra Editora, 2014.
- ENGRÁCIA ANTUNES, J., “Os Grupos Societários no Direito da Concorrência”, AAVV in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Ed. Almedina, 2013.
- GORJÃO-HENRIQUES, M., “Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense”, Ed. Almedina, 2013.
- GORJÃO-HENRIQUES, M., “Direito da União”, 6ª Edição, Ed. Almedina, 2010.
- LEITÃO MARQUES, M., “Concorrência – Estudos”, Ed. Almedina, 2006.
- MACHADO, J., “Direito da União Europeia”, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2014.
- MOURA SILVA, M., “O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia”, Ed. Almedina, 2010.
- MOURA SILVA, M., “Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino”, Almedina, 2009.
- MOURA SILVA, M., “Direito da União Europeia – Jurisprudência Essencial”, AAFDF, 2007.
- PORTO, L. y ANASTÁCIO, G., “Tratado de Lisboa Anotado e Comentado”, Ed. Almedina, 2012.

⁶²Vide os casos *Google/DoubleClick* e *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

QUADROS, F., *"Direito da União Europeia"*, 3ª Edição, Ed. Almedina, 2013.

SARETTA FERRARI, L., *"Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?"*, in *Revista de concorrência e regulação*, Ano IV, n.º 14/15, Abr/Set - 2013.

Abreviaturas:

UE – União Europeia

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

CEE – Comunidade Econômica Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

PME – Pequena e Média Empresa

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE – Comissão Europeia

PE – Parlamento Europeu