

O Direito da Proteção de Dados nas plataformas digitais: uma relação necessária com o Direito da Concorrência?

DIANA CAMÕES¹

Resumo: O presente artigo visa refletir sobre a possível interligação entre o direito da proteção de dados e o direito da concorrência, analisando os diversos pontos de contacto e os possíveis enquadramentos. Num mundo globalizado e digital, onde as plataformas digitais exercem uma função primordial, vários desafios têm emergido quanto ao cumprimento do regime do direito da proteção de dados, sendo que em determinadas situações o seu incumprimento pode resultar, igualmente, em condutas com efeitos lesivos na concorrência. Neste sentido, procura-se analisar se uma aplicação coerente de ambos os regimes é necessária ou, inversamente, uma possibilidade utópica.

Palavras-Chave: *RGPD, plataformas digitais, direito da proteção de dados, direito da concorrência*

Abstract: This article aims to reflect on the possibility of the connection between data protection law and competition law, by analyzing the different contact points and the possible framework. In a globalized and digital world, where digital platforms exercise a fundamental function,

¹ Investigadora Júnior no Observatório da Aplicação do Direito da Concorrência. licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, Mestrado em Direito Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto (em elaboração da Dissertação) e Pós-Graduação em Direito da Proteção de Dados pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. ORCID: 0000-0001-8827-007X.

several challenges have arisen regarding the fulfillment of the data protection law's regime and albeit certain situations and their infringement may work, equally, in dealings with harmful effects in competition. That way, we look to analyze if a coherent application towards both regimes is necessary or, inversely, a utopic possibility.

Key words: *GDPR, digital platforms, data protection law, competition law*

1. Introdução

As plataformas digitais revolucionaram o mundo, tendo novas problemáticas emergido. Por um lado, o seu surgimento foi essencial para a revolução tecnológica operada e para “uma democratização do acesso à informação”². Atualmente, estas são o novo fórum público, onde os indivíduos têm a oportunidade de difundir os seus pensamentos, bem como exercer os seus direitos e liberdades. Existiu, por isso, uma verdadeira emancipação face à esfera pública: sendo as plataformas controladas por entidades privadas, são elas que têm o poder, se assim o entenderem, de moldar conteúdos e restringir direitos fundamentais exercidos pelos seus utilizadores nas plataformas.³

² SOUSA, Simão Mendes de – *Constitucionalismo Digital Uma Introdução*, Almedina, 2022, pp. 32-33. O Autor advoga, ainda, que as plataformas se encontram relacionadas com uma sociedade liberal, ao permitir-se que todos os indivíduos, sem exceção, tenham acesso à informação que pretendem.

³ Como postulam MIR, Joana Barata e BASSINI, Marco “Freedom of Expression in the Internet” in Oreste Pollicino and Graziella Romeo (Ed.) *The Internet and Constitutional Law – The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Routledge, London, pp. 71-93(81), esta nova era de descentralização criou novas oportunidades para os indivíduos receberem conteúdo e comunicar no mundo online. No mesmo sentido, POLLICINO, Oreste, BASSINI, Marco e GREGORIO, Giovanni de – *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*, Bocconni University Press, 2022, p. 13, salientam que, ao contrário dos atores públicos, as plataformas digitais não têm de assegurar as mesmas salvaguardas constitucionais quando tomam decisões quanto à organização e remoção dos conteúdos online.

Adicionalmente, assistiu-se a uma massificação do tratamento de dados pessoais, sendo que, num mundo globalizado e digital, estes são “o novo petróleo, sendo um importante bem transacionável.”⁴ Destarte, e como aponta GIOVANNI DE GREGORIO, há uma diferença primordial: ao contrário do petróleo, na sociedade digital o uso de dados pessoais constitui uma fonte quase inesgotável, podendo ser usada múltiplas vezes⁵. Cada vez mais, as informações armazenadas permitem deter todos os fatores relevantes sobre os indivíduos e, no digital, a informação é poder. Deste modo, pese embora o surgimento do Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante designado por RGPD)⁶ tenha permitido “colocar os dados pessoais e o seu tratamento no centro das preocupações jurídicas e empresariais”⁷, a realidade demonstra-nos que estas matérias poderão necessitar de uma abordagem holística, mormente quando refletimos sobre o tratamento a dar.

Por conseguinte, o presente artigo visa analisar os principais problemas que se colocam para os utilizadores destas plataformas e, à luz da jurisprudência recente, avaliar se uma articulação com o Direito da Concorrência é possível ou somente uma utopia.

2. Plataformas Digitais e o cumprimento da Proteção de Dados: uma realidade utópica?

As Redes Sociais tiveram um impacto inegável no nosso quotidiano. Parece que foi ontem que o Facebook (atual Grupo Meta) surgiu

⁴ CARVALHO, Jorge Morais – *Manual de Direito do Consumo*, 7.ª Edição, Almedina, 2021, p. 62.

⁵ GREGORIO, Giovanni de – *Digital Constitutionalism in Europe – Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2022, pp. 225-226,

⁶ Regulamento (UE) 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. Substituiu a Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995 relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁷ CORDEIRO, A. B. M. – *O Direito da Proteção de Dados à luz da Lei n.º 58/2019*, Reimpressão, Almedina, 2020, p. 29.

como novidade, prometendo, sob a aparência de um serviço gratuito⁸, conectar-nos com o resto do mundo. Redes sociais como o Hi5 perderiam o seu espaço nesta inegável batalha pela conquista da Internet. Note-se, todavia, que o direito fundamental à privacidade antecede esta revolução no digital⁹, pelo que o direito à proteção de dados deve entender-se como o conjunto “sistemizado de princípios, normas e institutos que regula os dados pessoais e o seu tratamento.”⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾ Neste sentido, o surgimento do RGPD foi um dos veículos impulsionadores para a mudança de paradigma: o tratamento de dados pessoais em grande escala dos utilizadores deveria, claro está, seguir os trâmites da legislação europeia, tendo-se atingido um novo nível de proteção, nesta nova era de digitalismo constitucional.¹²

⁸ “Adira, é gratuito.” Este foi o slogan que caracterizou a entrada do Facebook no mercado.

⁹ O Direito Fundamental à privacidade antecede a revolução tecnológica, sendo entendido como um mecanismo para proteger os indivíduos contra a ingerência na sua vida privada, conceito este interpretado amplamente. O conceito de vida privada não é passível de definição exaustiva, tal como já afirmado inúmeras vezes pelo TEDH. A título de exemplo, *vide* TEDH, Niemietz c. Alemanha, processo n.º 13710/88, 16 de dezembro de 1992, parágrafo 29 e TEDH, Pretty c. Reino Unido, processo n.º 2346/02, 29 de abril de 2002. Ademais, a noção de direito à privacidade foi primeiramente introduzida pela doutrina norte-americana. Assim, na ótica de WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis – “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review* Volume 4, N.º 5, 1890, pp. 193-220 (196), o desrespeito por parte da imprensa da privacidade dos indivíduos, a promoção do *gossip*, a intensidade e complexidade da vida demonstraram a importância de respeitar a privacidade dos indivíduos, enquanto valor primordial na sociedade. Este encontra acolhimento em diversos diplomas internacionais, mormente no Art. n.º 12 da DUDH, bem como Art. n.º 8.º da CEDH.

¹⁰ CORDEIRO, A. M. – *O Direito... cit.*, p. 35. O mesmo autor advoga que, atendendo ao conteúdo do RGPD, uma noção restrita se impõe, definindo-o como “o conjunto sistemizado de princípios, normas e institutos que regula os dados pessoais das pessoas singulares e seu tratamento.”

¹¹ PINHEIRO, ALEXANDRE, *Privacy e Proteção de Dados Pessoais: a Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional*, 1.ª edição, AAFDL, 2015, p. 777 defende que este deve ser integrado num direito de maior latitude, o direito à identidade informacional, dado estar em causa uma personalidade composta por várias posições jurídicas. Para uma visão crítica, *vide* BARBOSA, Mafalda Miranda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade: Uma Relação de Interioridade Constitutiva. Os beneficiários da proteção e a Responsabilidade Civil”, in *AB Instantia*, Ano V, N.º 7, 2017, pp. 13-47(29).

¹² *Vide* CELESTE, EDOARDO – *Digital Constitutionalism – The Role of the Bill of Rights*, Routledge, 2023, disponível em <<https://www.taylorfrancis.com/books/oa-mono/10.4324/9781003256908/digital-constitutionalism-edoardo-celeste>> consultado em 21.01.2023.

Destarte, as diversas plataformas não conseguem almejar um pleno cumprimento do RGPD (e de outros diplomas igualmente relevantes). A título de exemplo, em 2022, o Grupo Meta enviou um comunicado à Comissão Europeia, ameaçando deixar a União Europeia, caso não lhe fosse permitido armazenar os dados dos seus utilizadores em servidores fora da União.¹³ Recentemente, a Comissão Nacional de Proteção de Dados da Irlanda aplicou uma coima de 390 milhões ao Grupo Meta, por obrigar os seus utilizadores a aceitar novas condições para anúncios.¹⁴ A este propósito, a Comissão Europeia tem, igualmente, deixado vários avisos ao TikTok sobre a necessidade de serem salvaguardados os direitos dos utilizadores em matéria de proteção de dados¹⁵, tendo recentemente proibido os seus funcionários de usar a aplicação.¹⁶ Não obstante todos os mecanismos de proteção reforçados pelo ativismo judicial dos

¹³ Não podemos ignorar que o tratamento realizado tem um carácter especial, já que estando em causa a Internet, este é levado a cabo através de uma rede eletrónica de carácter mundial. Ainda assim, podemos falar numa verdadeira extraterritorialidade do RGPD, dado que este se aplica, nos termos do n.º 1 do art. 1.º, ao “tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União.” Para mais desenvolvimentos, *vide* GSTREIN, Oskar Josef e ZWITTER, Andrej Janko – “Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?” in *Internet Policy Review*, Volume 10, n.º3, 2021, disponível em <<https://doi.org/10.14763/2021.3.1576>> consultado em 21.01.2023. *Vide* MONIZ, Graça Canto – “Finally: a coherent framework for the extraterritorial scope of EU data protection law – the end of the linguistic conundrum of Article 3(2) of the GDPR” in *EU Law Journal*, Volume 4, n.º 2, 2018, pp. 105-106.

¹⁴ Irish Privacy Regulator Fines Facebook 265 mln euros, Reuters, 28 de novembro 2022, disponível em <<https://www.reuters.com/technology/irish-regulator-fines-facebook-265-mln-euros-over-privacy-breach-2022-11-28/>> consultado em 22.01.2023.

¹⁵ EU Leaders fire warning shots at tik tok, Politico, 10 de Janeiro de 2023, disponível em <<https://www.politico.eu/article/eu-leaders-fire-warning-shots-at-tiktok-over-privacy/>> consultado em 22.01.2023.

¹⁶ Comissão Europeia proíbe funcionários de usar aplicação TikTok, Diário de Notícias, 23 de fevereiro de 2023, disponível em <<https://www.dn.pt/internacional/comissao-europeia-proibe-funcionarios-de-usar-aplicacao-tiktok-15889194.html>> consultado em 24.02.2023.

tribunais¹⁷, e não sendo possível ignorar que a maioria destas plataformas detêm uma posição de primazia nos mercados digitais, aquela que seria uma matéria de direito da proteção de dados passa, igualmente, a poder conflitar com outras áreas do direito, mormente o direito da concorrência – conforme teremos agora a oportunidade de analisar.

3. A Aplicação do Direito da Proteção de Dados pelas Autoridades da Concorrência

Durante muitos anos, existiu uma tendência para dividir clara e evidentemente aquelas que seriam as fronteiras entre estas duas áreas do direito. Recordemos, a título de exemplo, a Decisão da Comissão

¹⁷ Exemplo paradigmático é o Direito ao Esquecimento, sufragado no Caso do Tribunal de Justiça, Google Spain SL e Google inc. contra Agencia Española de Protección de Datos e Costeja González, C-131/12, 13 de maio de 2014. Entre outras questões, estava em causa saber se o Sr. Costeja teria direito a que a Google.es apagasse todas as referências respeitantes às suas dívidas à Segurança Social. Não podemos olvidar que, à data, a Diretiva 95/46/EC era omissa quanto a este ponto, tendo o TJ considerado (contrariamente à posição sufragada pelo Advogado-Geral) que os interesses do Sr. Costeja, atendendo aos arts. 7.º e 8.º da CDFUE, prevaleceriam sobre o interesse económico do operador do motor de busca, bem como o interesse público em aceder a essa informação. A este propósito, POLLICINO, Oreste e ROMEO, Graziella “Concluding Remarks Internet Law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication”, in Oreste Pollicino e Graziella Romeo (Ed) *The Internet and Constitutional Law*, Routledge, 2020, pp. 234-250(248) advogam que uma excessiva proteção do direito ao esquecimento corre o risco de limitar a proteção necessária do direito à liberdade de expressão e o direito a cada utilizador ser devidamente informado, considerando que, *in casu* o TJ simplesmente ignorou o art. 11.º da CDFUE, não avaliando corretamente o conflito de direitos. Pelo contrário, BOTELHO, Catarina – “Novo ou Velho Direito? – O Direito ao Esquecimento e o Princípio da Proporcionalidade no Constitucionalismo Global” in *AB Instantia*, Ano V, n.º 7, 2017, pp. 49-71(66) não concorda com o termo ativista (o qual pode ter uma conotação negativa), considerando que o TJ limitou-se interpretar a Diretiva, o qual implicitamente já consagrava o direito ao esquecimento. Para uma análise da eficácia extraterritorial do direito ao esquecimento *vide* VICENTE, Dário Moura – “Aplicação Extraterritorial do Direito ao Esquecimento na Internet?” in *ROA* Ano 80 Volume III/IV, pp. 475-488. Saliente-se que este acórdão assumiu uma enorme importância, tendo o direito ao apagamento sido transposto para a versão final do Art. 17.º do RGPD. Finalmente, recentemente o TJ deu um novo passo no sentido da densificação deste direito. No Caso do TJ, Tu, Re c. Google LLC, C-460/20, 8 de dezembro de 2022, considerou-se que o operador do motor de busca deve remover a informação quando a pessoa que o requer demonstre que essas informações são inexatas. Trata-se, pois, de mais um caso que evidencia a importância da atuação do TJUE.

Europeia relativa à operação de concentração do Facebook/Whatsapp¹⁸ e da Microsoft/LinkedIn¹⁹ onde categoricamente se afirmou que qualquer preocupação relacionada com o direito da proteção de dados escaparia ao escopo de aplicação do direito da concorrência. Anteriormente, no caso Asnef-Equifax²⁰, o Tribunal de Justiça (doravante TJ) adotou a mesma posição. No entanto, temos vindo a assistir a uma progressiva modificação da *praxis* existente, passando a proteção de dados a ser um elemento a ter em consideração.²¹

A mudança de paradigma ocorreu com a Decisão da Autoridade da Concorrência Alemã (*Bundeskartellamt*)²², na qual se considerou que o Facebook estaria a incorrer num abuso de posição dominante (Art. 102.º do TFUE) por tornar a utilização desta rede social sujeita à condição de se aceitar que os dados recolhidos pelo Facebook fossem misturados com dados provenientes de serviços terceiros, violando-se, assim, o RGPD. Esta foi a primeira vez que uma Autoridade da Concorrência baseou a sua decisão numa violação do RGPD, daí o seu carácter pioneiro.²³ Tal decisão foi objeto de recurso por parte do Grupo Meta para o Tribunal Regional de Düsseldorf, tendo este procedido ao reenvio prejudicial para o TJ.

Estamos, assim, diante aquilo que alguns autores apelidam de “dilema de regulação.”²⁴ A doutrina divide-se nesta questão. Contra esta aplicação, postula-se que outras áreas serão mais adequadas a regular este tipo de situações, mormente o direito da proteção de dados e do

¹⁸ Decisão da Comissão Europeia, COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, 3 de outubro de 2014, parágrafos 164-165

¹⁹ Decisão da Comissão Europeia, COMP/M.814, 6 de dezembro de 2016.

²⁰ Caso do TJ, Asnef-Equifax c. Ausbanc, C-238/05, 23 de novembro de 2006, parágrafos 63-64.

²¹ PAIS, Sofia – “Big Data and Big Databases between privacy and competition”, in Joe Cannataci, Valeria Falce e Oreste Pollicino (Ed) *Legal Challenges of Big Data*, Edward Elgar, 2020, pp, 15-45(29).

²² Bundeskartellamt, B6-22/16, 6 de fevereiro de 2019.

²³ PAIS, Sofia, “Big Data...” *cit.*, p. 30. *Vide* SCHWEITZER, Heike e GUTMANN, Frederick – “Unilateral Practices in Digital Market”, in Frédéric Jenny e Nicolas Charbit (Ed) *Competition Law Digest*, 5.ª edição, Concurrences, 2022, pp. 483-532(504).

²⁴ BOTTA, Marco e WIEDEMANN, Klaus – “The Interection of EU Competition, Consumer and Data Protection in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey”, in *The Antitrust Bulletin*, Volume 64, n. .º 3, 2019, pp. 428-446(445).

consumo.²⁵ Na esteira desta doutrina, para aferir se há ou não uma conduta que produza efeitos anticoncorrenciais, a violação de uma outra área do direito (*in casu*, do RGPD) não permite estabelecer qualquer nexo de causalidade quanto ao incumprimento do direito da concorrência.²⁶ Adicionalmente, evidencia-se que isto é suscetível de gerar a existência de decisões contraditórias, bem como um enfraquecimento do próprio RGPD.²⁷ Finalmente, advoga-se que tal não tem em consideração as diferenças entre ambos os regimes de proteção.²⁸

Inversamente, os defensores da sua aplicação consideram que deverá ser tido em conta a existência de objetivos comuns entre o direito da concorrência e o direito da proteção de dados.²⁹

Por outro lado, tal permitirá incrementar a atuação das autoridades em relação às novas formas de condutas comerciais e vice-versa³⁰, reforçando-se a complementaridade entre ambas.³¹ Não obstante todas

²⁵ BERGH, Roger Van Den e WEBER, Franziska – “The German Facebook Saga: Abuse of Dominance of Abuse of Competition Law?” in *World Competition* 44, n. ° 1, 2021, pp. 29-52(39). KADAR, Massimiliano – “European Union Competition Law in the Digital Era”, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 4/2015, 1-15(11), disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703062> consultado em 26/01/2023.

²⁶ ROBERTSON, Viktoria – “Excessiva Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, *Working Paper*; 2019, 1-19, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408971> consultado em 26.01.2023.

²⁷ WITT, Anne – “Facebook v. Bundeskartellamt – May European Competition Agencies Apply the GDPR?”, *Competition Policy International, TechREG CHRONICLE*, 2022, p. 7, disponível em <<https://ssrn.com/abstract=4089978>>, consultado em 26/01/2023.

²⁸ DZHULIJA, Lypalo – “Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case”, in *World Competition* 44, n. ° 2, 2021, pp. 169-198(188-189). Como afirma a autora, não só ambos os ramos têm naturezas sancionatórias distintas, como o RGPD baseia-se numa aplicação *ex ante* o que seria difícil de conciliar com o facto de o direito da concorrência ser aplicado *ex post* em certas práticas anticoncorrenciais.

²⁹ WIEDEMANN, Klaus – “Data Protection and Competition Law Enforcement in the Digital Economy: Why a Coherent and Consistent Approach is Necessary”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52, 2021, pp. 915-933(924) invoca três objetivos comuns: ambos visam proteger o mercado interno, os consumidores em situações de poder ou transações comerciais injustas e ambos protegeriam a concorrência pelo mérito.

³⁰ Tal como salienta PAIS, Sofia, “Big Data...” *cit.*, p. 35.

³¹ CHIRITA, Anca D. – “The Rise of Big Data and the Loss of Privacy”, in Mor Bakhom et al (Ed) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach*, Springer, Volume XXVIII, 2018, pp. 153-187(168) postula que, caso esta fosse uma situação que apenas afetasse poucos indivíduos, o direito do consumo seria suficiente. No entanto, não o sendo, o direito da concorrência não poderá fechar os olhos a estas situações, devido à sua amplitude.

estas considerações, a verdade é que o Advogado-Geral (doravante AG) abriu porta a esta possibilidade nas suas conclusões.³² Desde logo, advogou não estarmos diante um caso em que o *Bundeskartellamt* tenha aplicado o RGPD a título principal.³³

Por conseguinte, considerou nuclear que as autoridades da concorrência respeitem o princípio da cooperação leal³⁴, conquanto (i) não se afastem das posições das autoridades competentes em matéria de proteção de dados³⁵ tendo em conta as investigações por ela realizadas e, na medida do possível, (ii) procedam à sua consulta sempre que tenham dúvidas sobre a sua interpretação.³⁶ *In casu*, além de ter considerado que o *Bundeskartellamt* cumpriu com estas obrigações, concluiu que não houve violação dos Arts. 55.º a 66.º do RGPD³⁷, abrindo-se, pois, a possibilidade para uma Autoridade Concorrência aplicar, a título incidental³⁸, o RGPD sempre que tal seja relevante para o procedimento dentro das suas competências. Resta-nos, pois, aguardar com expectativa a posição do TJ, a qual poderá impactar (e de que maneira) a forma como perspetivamos o direito da concorrência e o direito da proteção de dados.³⁹

³² Conclusões do Advogado-Geral Athanasios Rantos, C-252/21, 20 de setembro de 2022.

³³ *Ibid*, parágrafos 17-18.

³⁴ De acordo com o n.º 3, do art. 4.º do TUE, “a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.”

³⁵ Conclusões do Advogado-Geral, C-252/21, parágrafo 30.

³⁶ *ibid*, parágrafos 29-30. Não existindo uma decisão sobre a matéria da autoridade de controlo de proteção de dados, deverá ainda assim encetar contactos, no sentido de promover uma maior cooperação entre ambas.

³⁷ *Vide* SÍTIMA, Inês – “Artigo 55.º Competência”, in A. M. Cordeiro (Coord.) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2021, pp. 381-455.

³⁸ Terá sempre de ocorrer no âmbito de uma investigação dentro dos seus poderes em matéria de direito de concorrência.

³⁹ HUNT, Matthew e BARON, Victoria – “Is Competition law taking over data protection claims?”, in Britows, 10 outubro 2022, disponível em <<https://www.bristows.com/news/is-competition-law-taking-over-data-protection-claims/>> consultado em 27.01.2023, advogam que tal levará as autoridades da concorrência, dado terem mais recursos e mecanismos, a tomarem conta de situações que de outro modo caberiam às autoridades de proteção de dados.

4. Problemáticas que emergem

4.1 O Consentimento no contexto das plataformas digitais

Um dos tópicos mais sensíveis invocados pelo *Bundeskartellamt* prende-se com a validade do consentimento fornecido pelos utilizadores, já que estes não terão noção da amplitude dos dados pessoais recolhidos pelo Facebook⁴⁰ e, encontrando-se numa posição dominante⁴¹, o consentimento não poderá ser livre e informado.

Nos termos do n.º 11 do art. 4.º do RGPD, o consentimento corresponde à “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, através do qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento.”⁴² MAFALDA MIRANDA BARBOSA advoga que este “surge como uma forma de afastar a ilicitude de um atentado não contra a própria autonomia que se exerce, mas contra um outro bem jurídico.”⁴³ No contexto das plataformas digitais, é muito comum que os utilizadores, depois de lerem os termos e condições, deem o seu consentimento para o respetivo tratamento dos dados. Destarte, não deixamos de estar perante um fundamento de licitude

⁴⁰ Para uma análise do conceito de dado pessoal *vide* CORDEIRO, A. M. – “Dados Pessoais: conceitos, extensão e limites” *in Revista de Direito Civil*, n.º 2, 2018, pp. 297-321.

⁴¹ O Abuso de posição dominante pressupõe: (i) que se trate de uma empresa, (ii) a existência de uma posição dominante, (iii) um abuso (sendo que, de acordo com a jurisprudência do TJ, *Continental Can*, C-6/72, 21 de fevereiro de 1973, par. 26, o conceito de abuso é amplo, compreendendo os abusos de exclusão e os abusos de exploração) e (iv) afetação do comércio entre os Estados-Membros. Sem querer entrar em grandes detalhes, importa somente salientar que o primeiro passo para aferir se há, ou não, uma posição dominante é descobrir o mercado relevante, devendo haver um mercado relevante de produto e geográfico. *Vide* PAIS, Sofia – *Entre Inovação e Concorrência Em Defesa de um Modelo Europeu*, UCP Editora, 2011, pp. 453-456. Ademais, mesmo que seja possível identificar o mercado relevante, e sendo certo que há vários indícios que poderão indicar uma posição dominante (definido no caso do TJ, *United Brands*, C-27/76, 14 de fevereiro de 1978, par. 65) colocar-se-á uma dificuldade adicional de saber que tipo de abuso está em causa, tal como teremos a oportunidade de a breve trecho analisar.

⁴² Como assinala RAMOS, Mariana Pinto – “O Consentimento do titular dos dados no contexto da Internet?”, *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXIII, n.º 1-2, 2022, pp. 663-727(678), “com o RGPD deixou de se partir do consentimento como principal fundamento de licitude num elenco mais abrangente de fundamentação de licitude.”

⁴³ BARBOSA, Mafalda Miranda – *cit.*, p. 28.

frágil, já que, abstratamente, a qualquer momento ele pode ser revogado.⁴⁴

Em primeiro lugar, tem de haver uma manifestação de vontade. A.M. CORDEIRO postula que com isto o legislador conduziu o conceito “ao universo dos negócios jurídicos”⁴⁵, comportando dois elementos distintos: (i) vontade humana e (ii) exteriorização dessa vontade.⁴⁶ Deveremos, por isso, encontrar uma manifestação por parte do titular dos dados no sentido de dar o seu consentimento. Como é salientado pelo Grupo de Trabalho ao Artigo 29 (doravante, GT29), no contexto digital, o facto de se receber vários pedidos pode promover um certo aborrecimento nos utilizadores, daí que esta situação possa “resultar num certo cansaço em relação aos cliques.”⁴⁷ A manifestação de vontade acabará sempre por existir.

Além disso, o consentimento terá de ser *livre*, o que implica “uma verdadeira escolha e controlo para os titulares dos dados.”⁴⁸ Neste sentido, há que analisar diferentes elementos. Desde logo, o considerando 43 consagra que este não será dado livremente quando exista um desequilíbrio manifesto entre os titulares dos dados e o responsável pelo tratamento, não sendo isto exclusivo das autoridades públicas ou das relações laborais.⁴⁹ Esta circunstância, embora não exclua a liberdade do consentimento, é um fator que poderá indiciar a maior probabilidade da sua ausência.⁵⁰

⁴⁴ KELLEHER, Denis e MURRAY, Karen – *EU Data Protection Law*, Bloomsbury Professional, 2018, p. 155. Para uma análise detalhada da revogação do consentimento no contexto da internet, vide RAMOS, Mariana Pinto, *cit.*, pp. 695-699.

⁴⁵ CORDEIRO, A. M. – *O Direito... cit.*, p. 172.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 173. Ainda CORDEIRO, A. M. – “Artigo 4.º Definições”, in A.M. Cordeiro (Coord.) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2021, pp. 77-100(90-91).

⁴⁷ GT29, Diretrizes 05/2020 relativas ao consentimento na aceção do Regulamento 2016/679, Versão 1.1, 4 de maio de 2020, p. 22, disponível em <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_pt.pdf>. consultado em 29.01.2023.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁰ POLLICINO, Orest, BASSINI, Marco e GREGORIO, Giovanni de – *Internet Law... cit.*, p. 201. Será, por isso, mais difícil de se verificar, mas não impossível. BYGRAVE, Lee e TOSONI, Luca – “Article 4(11). Consent” in KUNER, Christopher, BYGRAVE, Lee e DOCKSEY, Christopher (Ed.) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A commentary*, Oxford, 1.ª Edição, 2020, pp. 175-187(182).

A este propósito, há quem defenda que o poder de mercado deve ser um fator a ter em consideração para determinar este desequilíbrio, sendo que as empresas que detenham um poder dominante no mercado digital terão poucas possibilidades de usar o consentimento como fundamento de licitude para o tratamento dos dados pessoais.⁵¹

In casu, não deixa de ser interessante que o Advogado-Geral, em resposta às questões prejudiciais no Caso Meta Platforms, tenha considerado que, para tal situação ser relevante do ponto de vista do RPGD, não tem de existir uma equiparação ao limiar de posição dominante. Além disso, considerou que existindo uma posição dominante, embora tal seja um indício a ter em consideração, isso não poderá privar o consentimento dos utilizadores de validade.⁵² Procurou-se, assim, criar uma posição de equilíbrio. Resta saber se o TJ partilhará a mesma opinião.

O ponto mais problemático prende-se com o disposto no n.º 4 do art. 7.º do RGPD, o qual visa assegurar que “a finalidade do tratamento dos dados pessoais não está camuflada nem agregada à execução de um contrato ou prestação do serviço para os quais esses dados pessoais não são necessários.”⁵³ A existência desta condicionalidade foi um dos motivos que levou o *Bundeskartellamt* a advogar que não poderia existir um consentimento livre, pois este não só funciona como um pré-requisito para a utilização da rede social⁵⁴, como o que os termos e condições pedem vai muito mais além daquilo que é necessário. Por essas razões,

⁵¹ GRAEF, Inge e VAN BERLO, Sean – “Towards Smarter Regulation in the Areas of Competition, Data Protection and Consumer Law: Why Greater Power Should come with Greater Responsibility”, in *European Journal Of Risk Regulation*, 12, 2021, pp. 674-698(684), disponível em <<https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/towards-smarter-regulation-in-the-areas-of-competition-data-protection-and-consumer-law-why-greater-power-should-come-with-greater-responsibility/8B00EFC66EA7F599DB9B700B1720ABAD>> consultado em 30.01.2023.

⁵² Opinião do Advogado-Geral, Meta Platforms, C-252/21, parágrafos 75-77.

⁵³ GT29, Diretrizes 05/2020... *cit.*, p. 11.

⁵⁴ Nesta medida, os dados pessoais funcionarão como uma verdadeira contraprestação. *Vide* HELBERG, N., ZUIDERVEEN, F e REYNA, A. – “The Perfect Match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law”, in *Common Market Law Review*, LIV-5, pp. 1427-1465. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3048844>, consultado em 29 de janeiro de 2023.

no contexto digital promove-se o *unwitting consent*⁵⁵, pois, estando vinculados a dar o seu consentimento para a utilização da plataforma, os utilizadores simplesmente aceitam o que lhes é pedido. Conforme referido, este foi um dos motivos que levou a Autoridade da Concorrência Alemã a concluir pela violação do RGPD. Ainda assim, e como bem assinala VIKTORIA ROBERTSON, o primordial, sob o ponto de vista do direito da concorrência, é que o Facebook imponha termos de serviço que lhe permita recolher montantes excessivos de dados pessoais.⁵⁶

Por outro lado, o consentimento terá de ser *específico*, isto é, os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, o que se destina “a assegurar um certo grau de controlo do utilizador e transparência em relação ao titular dos dados”⁵⁷ (al. b) do n.º 1 do art. 5.º do RGPD). Não deixa de ser discutível que, no caso das grandes plataformas, os titulares dos dados saibam com clareza as finalidades para que serão utilizados os seus dados.

Finalmente, é necessário que este seja *informado*. Por conseguinte, determinadas informações deverão ser fornecidas, mormente: (i) a identidade do responsável pelo tratamento, (ii) a finalidade de cada uma das operações para as quais se dá o consentimento, (iii) o tipo de dados que são recolhidos e utilizados e (iv) o direito a retirar o consentimento.⁵⁸ No caso das diferentes plataformas digitais, os termos de utilização são confusos, demasiado extensos, o que implica que não haja um consentimento verdadeiramente informado, já que os termos de utilização são demasiado técnicos para que os utilizadores os consigam verdadeiramente entender.⁵⁹ Isto resulta numa situação de inevitável vulnerabilidade

⁵⁵ RICHARDS, Neil e HARTZOG, Woodrow – “The Pathologies of Digital Consent”, in *Washington University Law Review*, Volume 96, n.º 6, 2019, 1461-1503(1479).

⁵⁶ ROBERTSON, Viktoria – “Excessive...” *cit.*, p. 16.

⁵⁷ GT29, Diretrizes sobre o consentimento... *cit.*, p. 15.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁹ Como salientam RICHARDS, Neil e HARTZOG, Woodrow – “The pathologies...” *cit.*, 1480.

para todos aqueles que pretendem utilizar a rede social.⁶⁰

4.2 O Cruzamento de Dados Pessoais com outros serviços

Uma das temáticas igualmente problemáticas prende-se com o facto de redes sociais como o Facebook recolherem os dados pessoais de forma quase ilimitada, procedendo ao seu cruzamento com dados provenientes de outros serviços, mormente o Whatsapp/Instagram (os quais integram o Grupo Meta), bem como outros sites da Internet. No caso do Facebook invoca-se que tal visa assegurar a personalização dos conteúdos, bem como a utilização ininterrupta dos produtos oferecidos. Ora, isto implica uma breve reflexão sobre o fundamento de licitude que pode ser invocado.

O Comité Europeu para a Proteção de Dados reconhece que a personalização do conteúdo pode ou não “ser considerada necessária para a execução do contrato com o utilizador do serviço”⁶¹ (al. b) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD). Para a aplicação deste fundamento de licitude é essencial que não “exista uma alternativa menos intrusiva da esfera privada do titular dos dados e haja uma ligação direta entre esse tratamento e a execução do contrato.”⁶² *In casu*, é discutível se existe ou não uma alternativa que seja menos intrusiva para os utilizadores. No Caso Meta Plataforms, o AG salientou que dificilmente um tratamento de dados pessoais provenientes de outros serviços poderá ser necessário para a utilização desta rede social.⁶³ Vemos, assim, que a execução do contrato

⁶⁰ Segundo BIONI, Ricardo – *Proteção de Dados Pessoais – A Função e os Limites do Consentimento*, Editoria Forense, 2019, p. 221, a sua “vulnerabilidade é maximizada por essa idiossincrasia traiçoeira do trade-off da economia informacional.”

⁶¹ CEDH, Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados, Versão 2.0, 8 de outubro de 2019, p. 17 (par. 57), disponível em <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_pt.pdf> consultado em 31.01.2023.

⁶² CORDEIRO, A. M. – “Artigo 6.º Licitude do Tratamento”, in A. M. Cordeiro (Coord.) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, pp. 107-120(113).

⁶³ Opinião AG, Caso Meta Platforms, parágrafos 56-57.

poderá não ser o fundamento mais adequado nestas situações.

Outra possibilidade passa pela invocação do interesse legítimo (previsto na al. f) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD). Este implica o cumprimento do teste dos três passos⁶⁴: (i) o interesse deverá ser legítimo⁶⁵, (ii) o tratamento deverá ser necessário e (iii) deve-se aferir se devem prevalecer os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular.⁶⁶ O Facebook invoca como motivos a premência em promover a personalização da publicidade, a segurança da rede e o aperfeiçoamento do produto. Como salienta o AG, embora o marketing seja um dos fundamentos diretamente referidos no Considerando 47, não podemos deixar de ter em consideração que os dados provêm de fontes externas e, por isso, mesmo que se entenda ser necessário, será muito difícil afirmar que este interesse económico pode prevalecer sobre os interesses dos titulares dos dados.⁶⁷

Sempre se poderá refletir sobre o facto de os interesses do Facebook serem suficientemente acautelados através do uso dos dados recolhidos na sua própria rede, sem os cruzar com os provenientes de entidades terceiras. Ainda assim, no Caso Meta-Platforms, o AG foi categórico ao considerar que, mesmo considerando-se que estas personalizações são realizadas no interesse do utilizador, parece que tal não é essencial para a utilização do serviço.⁶⁸

⁶⁴ Information Commissioner’s Office, *Legitimate interests – Lawful basis for processing*, p. 4., disponível em <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests-1-0.pdf>>, p. 4.

⁶⁵ POLLICINO, Oreste, BASSINI, Marco e GREGORIO, Giovanni de – *cit.*, pp. 203-204 salientam que isto pressupõe “um interesse real e presente, algo que seja correspondente com as atividades correntes ou benefícios que poderão ser esperados no futuro próximo.” (tradução nossa).

⁶⁶ CEPD, Diretrizes 8/2020 sobre o direcionamento para os utilizadores das redes sociais, Versão 2.0, adotada em 13 de abril de 2020, disponível em <https://edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_pt_0.pdf> consultado em 1.02.2023. *Vide*, igualmente, TJ, Fashion ID GmbH & Co. KG, C-40/17, 29 de julho de 2019, par. 95.

⁶⁷ Opinião do AG, C-252/21, parágrafo 64.

⁶⁸ Opinião do AG, C-252-21, parágrafos 64-66.

A este propósito, o GT29 já teve a oportunidade de demonstrar que, pese embora este fundamento de licitude possa ser usado para efeitos marketing, tal não significa que os responsáveis pelo tratamento podem “combinar uma vasta quantidade de dados pessoais de diferentes fontes que inicialmente foram recolhidas noutros contextos e para propósitos diferentes.”⁶⁹ Esta problemática, conforme veremos, foi abordada no Regulamento dos Mercados Digitais.

4.3 O Direito à Portabilidade

O Direito à Portabilidade dos Dados Pessoais encontra-se previsto no art. 20.º do RPGD, permitindo-se ao titular dos dados “receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento” (n.º 1 do art. 20.º do RGPD). A sua consagração não esteve isenta de críticas⁷⁰, questionando-se a sua compatibilidade com direitos de propriedade intelectual⁷¹, segredos de

⁶⁹ GT’29, Opinião 06/2014 sobre a noção de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ao abrigo do artigo 7.º da Diretiva 95/46/EC, 9 de abril de 2014, pp. 25-26, disponível em <<https://www.fia.org/sites/default/files/2019-11/Excerpts%20-%20Opinion%2006-2014%20on%20the%20notion%20of%20legitimate%20interests%20of%20the%20...pdf>> consultado em 1.02.2023.

⁷⁰ FIDALGO, Vitor Palmela – “O Direito à Portabilidade dos Dados Pessoais”, in *Revista de Direito e Tecnologia*, Vol. I-1, 2019, pp. 89-135(130-131) critica o direito à portabilidade por só parcialmente corresponder às expectativas, advogando que “diversas formas de tratamento lícitas de dados não são consideradas para a portabilidade”, pelo que o art. 20.º “não reúne o mínimo de certeza e segurança para os interessados.”

⁷¹ Vide FIDALGO, Vitor Palmela – *cit.*, pp. 123-126, GEIREGAT, Simon – “Copyright Meets Consumer Data Portability Rights: Inevitable Friction between IP and the Remedies in the Digital Content Directive” in *GRUR International*, LXXI-6, 2022, pp. 495–515, disponível em <<https://academic.oup.com/grurint/article/71/6/495/6576075>> consultado em 1.02.2023 e GRAEF, Inge, HUSOVEC, Martin e PURTOVA, Nadezhda – “Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law” in *German Law Journal*, Vol. XIX- 6, 2018, pp. 1359-1398, disponível em <<https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/data-portability-and-data-control-lessons-for-an-emerging-concept-in-eu-law/5904FB88DDC1B9E6EC651A7F89058433>>. Consultado em 01.02.2023. Vide, igualmente, VANBERG, Aysem Diker e ÜNVER, Mehmet – “The Right to data portability in the GDPR and EU Competition Law: odd couple or dynamic duo?” in *European Journal of Law and Technology*, Volume VIII-8, 2017, pp. 1-22(5), disponível em <<https://www.ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/546>>. Consultado em 02.02.2023.

negócio, o respeito pelo “sistema de proteção de dados e o direito à autodeterminação dos dados”⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾ e, ainda, se tal consagração não originaria custos e esforços desproporcionais.⁷⁴ A sua possibilidade está dependente da verificação cumulativa de três requisitos, a saber: (i) fornecimento por parte do titular dos dados, (ii) que o tratamento se baseie no consentimento ou num contrato e que (iii) o tratamento seja realizado por meios automatizados.⁷⁵

Este direito pode, como é evidente, apresentar a vantagem inegável de reduzir os custos associados a esta mudança, bem como diminuir os problemas de *lock-in*.⁷⁶ Todavia, existe a desvantagem de, em caso de empresas que detenham uma posição dominante, tal recusa ser suscetível de criar barreiras à entrada, o que será ainda mais evidente nas plataformas digitais. Não podemos ignorar que o modelo de negócio depende em grande medida dos dados pessoais dos seus utilizadores, daí que possa existir uma tendência para que as grandes plataformas guardem as bases de dados somente para si.⁷⁷ Tal pode ser observado numa “análise comparativa *ex post* das plataformas digitais pertencentes ao mesmo nicho de mercado”⁷⁸, podendo, em caso de recusa, haver lugar a um abuso de posição dominante.⁷⁹

⁷² FIDALGO, Vítor Palmela – “Artigo 20.º Direito de portabilidade dos dados”, in A. M. Cordeiro (Coord.) *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Almedina, 2021, pp. 204-213(206).

⁷³ *Ibid*, p. 207.

⁷⁴ VANBERG, Aysem e ÜNVER, Mehmet – *cit.*, p. 4.

⁷⁵ *Vide* GT*29 – Guidelines do direito à portabilidade, adotado em 13 de dezembro de 2016, disponível em <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611233/en>> consultado em 1.02.2023.

⁷⁶ KERBER, Wolfgang e ZOLNA, Karsten – “The German Facebook Case: The Law and economics of the relationship between competition and data protection law”, in *European Journal of Law and Economics*, 54, 2022, pp. 217-250(227).

⁷⁷ GRAEF, Inge – “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, in *World Competition*, XXXVIII-4, 2015, pp. 473-506(479).

⁷⁸ SOUTO, Gabriel, LEMOS, Amanda e PINHEIRO, Guilherme – “O Direito à Portabilidade de Dados Pessoais e as Consequências de sua (não) implementação para o direito concorrencial”, in *Revista Direito Público*, Vol. XVII-95, 2017, pp. 230-247(240), disponível em <<https://blook.pt/publications/publication/111bc9bfd1a6/>> consultado em 02.02.2023.

⁷⁹ VANBERG, Aysem e ÜNVER, Mehmet – *cit.*, p. 6.

De todo o modo, e como salienta a doutrina⁸⁰, existe uma diferença entre os regimes em confronto: ao passo que o RGPD exige que se verifiquem os requisitos elencados no Art. 20.º do RGPD, o campo de aplicação do art. 102.º do TFUE acaba por ser mais amplo. Nessa medida, e como salienta INGE GRAEF⁸¹, mesmo que a recusa de portabilidade não se refira a dados pessoais de pessoas identificadas ou identificáveis, ainda assim tal poderá constituir um abuso de posição dominante, caso se verifiquem os restantes requisitos, sendo muito relevante que tal conduta seja suscetível de ter um impacto na concorrência.⁸²

Recentemente, a Autoridade da Concorrência Italiana iniciou uma investigação contra a Google, pela possibilidade de ter incorrido num abuso de posição dominante. O fundamento residiu justamente no facto de a Google ter desrespeitado o direito à portabilidade dos dados, tendo recusado partilhá-los, em particular, com a Weopple APP (dirigida pela Honda). No comunicado de imprensa publicado⁸³, salienta-se que esta conduta não só viola o disposto no art. 20.º do RGPD, como é suscetível de ter um efeito prejudicial nos consumidores (abuso de exploração) e, ainda, é suscetível de restringir a concorrência (abuso de exclusão).

Convém, no entanto, ter em consideração aquilo que alguma

⁸⁰ ENGELS, Barbara – “Data Portability among online platforms” in *Internet Policy Review – Journal on Internet Regulation*, Volume V-2, 2016, pp. 1-17, disponível em <<https://policyreview.info/articles/analysis/data-portability-among-online-platforms>> Consultado em 02/02/2023. Igualmente GRAEF, Inge, HUSOVEC, Martin e PURTOVA, Nadezhda – *cit.*, pp. 1387-1388.

⁸¹ GRAEF, Inge – “Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union”, in *Telecommunications Policy*, Volume XXXIX-6, pp. 502-514, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2296906> consultado em 03/fev/2023.

⁸² KEMP, Katharine – “Concealed data practices and competition law: why privacy matters”, in *European Competition Journal*, Vol. XVI-2/3, 2020, pp. 628-672(671), disponível em <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2020.1839228>>. Consultado em 02/02/2023. A autora realça que, sendo o objetivo do direito à portabilidade reforçar a situação dos consumidores, tal deverá ser assegurado através de mecanismos de controlo, transparência, assegurando-se, pois, que o titular dos dados é verdadeiramente soberano nessas situações.

⁸³ A552 – Italian Competition Authority, investigation opened against Google for abuse of dominant position in data portability, 14 de julho de 2022, disponível em <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2022/7/A552>> Consultado em 2.02.2023.

doutrina realça: nestas grandes plataformas digitais, para a concorrência poderá ser mais útil a interoperabilidade do que a portabilidade.⁸⁴ Tal poderá ser mais crítico nas redes sociais, sendo que em caso de não funcionamento, os utilizadores ficarão inevitavelmente sujeitos a ela, não mudando mesmo que o serviço fornecido por outra seja mais atraente.⁸⁵ Ainda assim, convém ter em atenção aquilo que BARBARA ENGELS assinala: a portabilidade dos dados deve ser assegurada quando melhore a concorrência e incentive a inovação, promovendo-se um equilíbrio necessário.⁸⁶

5. Soluções do Direito da Concorrência por violação do Direito da Proteção de Dados

A decisão da Autoridade da Concorrência Alemã gerou querelas intermináveis, não existindo consenso quanto à forma como devem estas plataformas digitais ser responsabilizadas por violação de questões relacionadas com o direito da proteção de dados. Mesmo concluindo-se que as Autoridades da Concorrência podem, embora a título incidental, aplicar o RGPD, não fica claro o tratamento a dar. Todavia, e como assinala SOFIA PAIS, “a complexidade e a novidade destas questões no plano da concorrência aconselham alguma prudência nas soluções e remédios avançados.”⁸⁷ Vejamos.

5.1 Abuso de Posição Dominante

A primeira solução passará por concluir pela existência de um abuso de posição dominante (art. 102.º do TFUE). Parece ter sido essa

⁸⁴ PAIS, Sofia – “*Legal Challenges*” ... *cit.*, p. 24.

⁸⁵ GRAEF, Inger – “Mandating Portability... *cit.*, p. 8.

⁸⁶ ENGELS, Barbara – *cit.*, p. 5-6.

⁸⁷ PAIS, Sofia – “Considerações de Lealdade e Equidade no Direito da Concorrência da União – Breves Reflexões”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IX, N.º 35, 2018, 123-148(142).

a solução apresentada pela Autoridade da Concorrência alemã, mas vários problemas podem emergir contra esta solução. Desde logo, a primeira dificuldade passará por definir o mercado relevante. Este é um primeiro passo essencial para que se possa avaliar se determinada empresa⁸⁸ detém ou não uma posição dominante nesse mercado. Para o efeito, devemos determinar o mercado de produto relevante, o qual “compreende todos os produtos e/o serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.”⁸⁹ Adicionalmente, deverá ser definido o mercado geográfico relevante, o qual compreende toda a “área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto da concorrência ser consideravelmente diferente nessas áreas.”⁹⁰

Ora, em muitas destas situações, estamos diante um *zero price market*⁹¹, nos termos do qual não é possível encontrar uma transação financeira direta entre quem presta o serviço e que o utiliza⁹²: na maioria destes casos, somente são fornecidos os dados pessoais, começando o utilizador de imediato a utilizar a rede social. Conforme salienta INGE GRAEF, nestes casos é difícil identificar um mercado relevante, já que os dados pessoais fornecidos funcionam como um mero *input of*

⁸⁸ Adota-se um conceito amplo, já que de acordo com a jurisprudência do TJ, Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH, C-41/90, 23 de abril de 1991, par. 21, empresa “abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento.”

⁸⁹ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03), 9 de dezembro de 1997, par. 7.

⁹⁰ *Ibid.*, par. 8.

⁹¹ Pese embora a realidade tenha vindo a mudar, passando as redes sociais a criar as suas versões “premium”, mediante o qual os utilizadores pagam determinada quantia monetária por uma versão melhorada da aplicação.

⁹² PATAKYOVÁ, Maria T. – “Competition Law in Digital Era – How to Define the Relevant Market?” in *4th International Scientific Conference – EMAN 2020 – Economics and Management: How to Cope with Disrupted Times*, 2020, pp. 171-177(172), disponível em <<https://eman-conference.org/eman-2020-171/>>. Consultado em 03.02.2023.

*production*⁹³, não sendo possível identificar uma transação propriamente dita. Ademais, o autor não deixa de realçar que, ao criarem as suas contas nestas plataformas, os utilizadores não conseguem, *a priori*, controlar o tipo de informações que serão verdadeiramente recolhidas (conforme tivemos já a oportunidade de desenvolver), pelo que estas plataformas exercem um poder quase soberano no momento da sua recolha. Trata-se, pois, de uma *take-it-or-leave-it offer*.⁹⁴ Mesmo o teste SSNIP (isto é, saber se o consumidor, face a um aumento de entre 5% a 10% mudará de serviço) é de aplicação difícil, já que verdadeiramente na maioria dos casos não existe o pagamento de uma quantia monetária. Existem, por isso, vários obstáculos a encontrar o mercado relevante, o qual configura um passo essencial, já que é através dele que pode ser “apreciado o poder económico da empresa, sendo fundamental para identificar as posições concorrenciais a que está sujeita.”⁹⁵

Mesmo que seja possível ultrapassar esta barreira inegável associada às plataformas digitais da definição do mercado relevante⁹⁶, ainda assim será difícil equacionar o tipo de abuso que está em causa. Sempre se poderia argumentar, por exemplo, que casos como o do Facebook evidenciariam a existência do abuso de preço excessivo. Todavia, e como consagrado na jurisprudência do TJ United Brands⁹⁷, tal pressupõe a verificação de dois requisitos: (i) existência de uma desproporção excessiva entre o custo suportado e o preço efetivamente praticado e (ii) que se tenha imposto um preço não equitativo, seja em si mesmo, seja em comparação com os produtos concorrentes. Mais uma vez, somos confrontados com algumas dificuldades.

⁹³ GRAEF, Inge – “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms” in *World Competition: Law and Economics*, Volume 38, n.º 4, 2015, pp. 473-506(491).

⁹⁴ *Ibid.*, p. 490.

⁹⁵ PAIS, Sofia – *Entre Inovação... cit.*, p. 453.

⁹⁶ ROBERTSON, Viktoria – “Excessiva Data...” *cit.*, pp. 7-9, defende que uma das opções poderá passar por se considerarem os mercados potenciais, considerando-se os dados pessoais como seus próprios (potenciais), mesmo quando tal não seja negociado dessa forma.

^{mercado}, mesmo quando não é (atualmente) negociado como ta

⁹⁷ TJ, United Brands, C-27/76, 14 de fevereiro de 1978, parágrafo 252.

Em primeira linha, e tal como já assinalado a propósito da definição de mercado relevante, também aqui se coloca o problema de os dados pessoais serem usados continuamente: isto é, ao contrário das prestações pecuniárias propriamente ditas, não se esgotam numa única utilização⁹⁸, apontando-se, igualmente, que nestas situações os utilizadores não têm verdadeira noção de que aquilo constituirá um pagamento – o que não se sucede quando existe transação pecuniária envolvida. Ademais, a doutrina não deixa de apontar que tal poderá levar a que valores como a privacidade e a moralidade deixem de ser tidos em consideração quando refletimos sobre os impactos do tratamento dos dados pessoais, especialmente num contexto de internet.⁹⁹ Mais uma vez, mesmo que se conseguisse verificar o primeiro pressuposto, seria sempre difícil preencher o segundo, já que, como assinala VIKTORIA ROBERTSON, pressupõe-se um juízo de valor, devendo avaliar-se se tal seria excessivo do ponto de vista absoluto e relativo.¹⁰⁰ Ainda assim, e devido às dificuldades sentidas, acompanhamos a autora quando reconhece que, mesmo funcionando os dados pessoais como contraprestação, tal não quererá necessariamente dizer que eles tenham de ser equiparados a um preço excessivo.¹⁰¹ Finalmente, há doutrina que reconhece que estas situações poderão ser inseridas na al. a), do art. 102.º do TFUE, isto é, condições de transações não equitativas. Tal pressuporia, pois, que os termos e condições fossem qualificados como verdadeiros termos contratuais.¹⁰²

⁹⁸ BUDZINSKI, Oliver, GRUSEVAJA, Marina e NOSKOVA, Victoria – “The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection” in *Market and Competition Law Review*, Volume 5, n.º 1, 2021, pp. 43-80(64-65).

⁹⁹ ROBERTSON, Viktoria – “Excessive Data...” *cit.*, pp. 10-11.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰² Para uma análise mais desenvolvida *vide* ROBERTSON, Viktoria – “Excessive Data...” *cit.*, 13-15.

5.2 *Abuso de Dependência Económica*

O Abuso de Dependência Económica é apontado como uma alternativa apta a regular este tipo de situações. Pressupõe-se, em primeira linha, que exista uma situação de dependência económica, a qual pode ser estabelecida entre duas empresas ou uma plataforma e os seus consumidores. Tal poderá, assim, ser definido como uma: “Situation of imbalance in bargaining power in the business relationship between two firms in which the larger and more powerful trading partner seeks to impose certain practices or contractual arrangements which are to their advantage in relation to a sales transaction.”¹⁰³

Note-se, todavia, que o conceito de dependência económica pode variar de país em país, dependendo da legislação adotada.¹⁰⁴ De qualquer forma, não se pressupõe a existência de uma posição dominante no mercado (e, nessa medida, algumas das dificuldades referidas anteriormente são mitigadas), pese embora, em determinadas situações, possa estar em causa o poder de mercado de um dos envolvidos.¹⁰⁵ O seu conceito poderá, como é salientado por alguns autores¹⁰⁶, ser mais flexível para sancionar condutas abusivas nos mercados digitais. Ademais, alguma doutrina tem considerado igualmente que os utilizadores se podem encontrar numa situação de *lock-in*, gerando-se um desequilíbrio acentuado entre eles e as plataformas e reforçando-se, nessa medida, a dependência existente.¹⁰⁷

¹⁰³ PAIS, Sofia – “Big data and...” *cit.*, p. 38.

¹⁰⁴ Em Portugal, o art. 12.º da Lei n.º 19/2012 prevê três elementos para a verificação de abuso de dependência económica, mormente: (i) a exploração abusiva, (ii) por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente e (iii) que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.

¹⁰⁵ PAIS, Sofia – “Big Data and...” *cit.*, p. 38. SCALZINI, Silvia – “Economic dependence in digital markets: EU remedies and tools” *in Market and Competition Law Review*, Volume V-1, pp. 81-103(86).

¹⁰⁶ SCALZINI, Silvia – “Economic dependence...” *cit.*, p. 86.

¹⁰⁷ PAIS, Sofia – “Big Data and...” *cit.*, p. 39 e SCALZINI, Silvia – “Economic dependence...” *cit.*, p. 86.

São apontadas duas grandes vantagens desta possibilidade: por um lado, tal pressupõe a adoção do teste das *reasonable/sufficient alternatives* e, por outro lado, diz respeito a uma relação bilateral, pelo que, conforme reiterado, pode contribuir para mitigar a dificuldade associada à definição de mercado relevante.¹⁰⁸

Recentemente, o Parlamento Italiano aprovou uma reforma importante nesta matéria, dentro da qual é possível destacar o Art. 33.º da Lei n.º 118/2022¹⁰⁹, tendo sido introduzida uma presunção de dependência económica nas situações em que uma empresa use os serviços intermediários fornecidos por uma plataforma digital que tenha um papel essencial nos utilizadores finais ou fornecedores, também em termos de efeitos de rede ou disponibilidade de dados. Introduziu-se, além disso, uma lista de condutas que podem indiciar a dependência económica.

De qualquer forma, também este enquadramento está longe de ser unânime na doutrina.

5.3 O Regulamento dos Mercados Digitais

O Regulamento dos Mercados Digitais (doravante RMD)¹¹⁰ visa assegurar uma concorrência leal nas diversas plataformas digitais, tratando-se de um mecanismo *ex ante*, ao contrário dos restantes analisados. Conforme dispõe o n.º1 do art. 1.º do RMD, este tem por finalidade “contribuir para o bom funcionamento do mercado interno mediante a previsão de regras harmonizadas que assegurem para todas as empresas a disputabilidade e equidade dos mercados no setor

¹⁰⁸ Como refere RINALDI, Alice – “Re-Imagining the Abuse of Economic Dependence in digital world”, in *Lexxion – The Legal Publisher*, 9 de junho de 2020, disponível em <<https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/re-imagining-the-abuse-of-economic-dependence-in-a-digital-world/>> consultado em 8.02.2023.

¹⁰⁹ Lei n.º 118/2022, de 5 de agosto de 2022.

¹¹⁰ Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2022.

digital.”¹¹¹ Note-se, todavia, que o regulamento é somente aplicável aos serviços essenciais de plataforma prestados ou propostos por *gatekeepers* (controladores de acesso).¹¹² O conjunto de obrigações que recaem sobre os *gatekeepers* não impedem, no entanto, as entidades competentes de agirem *ex post*. A este propósito, SOFIA PAIS considera que o RMD, embora possa ser visto como “uma política de concorrência, dificilmente será considerado direito da concorrência.”¹¹³

Desde logo, prevê-se uma limitação quanto ao fundamento de licitude que os *gatekeepers* podem invocar para o tratamento dos dados pessoais. Mais importante é, todavia, a al. b), do n.º 2, do art. 5.º, o qual prevê uma proibição de combinar dados pessoais provenientes do serviço essencial da plataforma com dados provenientes de outros serviços prestados pelo *gatekeeper* ou por terceiros (a menos que tenha sido dado o consentimento pelo utilizador). Ora, sempre se poderá ver esta possibilidade como uma consequência do Caso da Autoridade da Concorrência Alemã.¹¹⁴

O Considerando 36 do regulamento evidencia que tal prática poderá constituir uma vantagem aos *gatekeepers*, através da acumulação de dados, criando-se barreiras à entrada. Ademais, o n.º 2 do art. 5.º prevê um conjunto de proibições também elas relevantes, mormente: (i) ligar utilizadores finais a outros serviços de controladores de acesso com o intuito de combinar dados pessoais, (ii) tratar, para fins de

¹¹¹ KONTOSAKU, Athena – “European Antitrust Enforcement in the Digital Era: How It Started, How It’s Going, and the Risks Lying Ahead” in *The Antitrust Bulletin*, Volume 67, n.º 4, 2022, pp. 522–535(526), evidencia que “DMA is expected to be used not only defensively but also offensively against “gatekeepers” by smaller competitors and aspiring future entrants.”

¹¹² O n.º 1, do art. 3.º, elenca três requisitos: (i) que tenha um impacto significativo no mercado interno, (ii) preste um serviço essencial de plataforma que constitui uma porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais; e (iii) beneficie de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou se for previsível que possa vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo.

¹¹³ PAIS, Sofia – “A interação entre o regulamento dos mercados digitais e as regras de defesa da concorrência: breves reflexões”, in Paulo Pinto de Albuquerque *et al* (Organização) *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Universidade Católica Editora, 2022, pp. 415-434(433).

¹¹⁴ KERBER, Wolfgang – “Taming Tech Giants: The Neglected Interplay Between Competition Law and Data Protection (Privacy) Law”, in *The Antitrust Bulletin*, Vol. LXVII-2, 2022, pp. 280–301(291)

prestação de serviços de publicidade em linha, dados pessoais de utilizadores finais que utilizam serviços de terceiros que recorrem a serviços essenciais de plataforma do controlador de acesso e (iii) proibição de cruzamento de dados pessoais provenientes do serviço essencial de plataforma em causa com outros serviços prestados separadamente. Adicionalmente, o RMD evidencia a importância de ser tão fácil dar como retirar o consentimento (fundamento de licitude que levanta várias questões no âmbito das plataformas digitais, como vimos).

Por outro lado, prevê-se que os *gatekeepers* não poderão utilizar, em concorrência com os utilizadores profissionais, quaisquer dados não disponíveis publicamente que sejam gerados no contexto dos serviços essenciais da plataforma ou de outros serviços (n.º 2 do art. 6.º), o que poderá incluir qualquer tipo de dado gerado como “resultado das atividades comerciais dos utilizadores profissionais ou finais”¹¹⁵, como por exemplo cliques ou pesquisas. Ademais, o RMD prevê uma obrigação de permitir a interoperabilidade, bem como de se assegurar a portabilidade dos dados.

Estas são apenas algumas das várias obrigações que recaem sobre os controladores de acesso. Estamos diante uma regulamentação *ex ante*, não se obviando a aplicação ulterior da Comissão Europeia. Ainda assim, dúvidas poderão surgir quanto ao conceito de *gatekeeper*, como também pode ser criticável o facto de o regulamento proibir determinadas condutas enquanto tal, sem necessidade de prova dos efeitos anticoncorrenciais, o que pode promover uma “abordagem rígida, impondo um “*one-size-fits-all*” a controladores de acesso com modelos de negócio consideravelmente diferentes.”¹¹⁶ Aliás, esta desconsideração dos

¹¹⁵ Tradução nossa. COOPER, Dan *et. al.* – “The Digital Markets Act for Privacy Professionals”, in *Covington*, 10 de outubro de 2022, disponível em <<https://www.insideprivacy.com/european-union-2/the-digital-markets-act-for-privacy-professionals/>>, consultado em 10.02.2023.

¹¹⁶ DOS SANTOS, Miguel Máximo – “O Regulamento dos Mercados Digitais: críticas e potencial impacto negativo sobre as Pequenas e Médias Empresas (PMEs)”, *Sérvulo Advogados*, disponível em <<https://www.servulo.com/pt/investigacao-e-conhecimento/O-Regulamento-dos-Mercados-Digitais-criticas-e-potencial-impacto-negativo-sobre-as-Pequenas-e/8157/>> consultado em 13.02.2023.

efeitos anticoncorrenciais produzidos no mercado é uma das razões que a doutrina aponta para o RMD não ser verdadeiramente direito da concorrência, já que “a própria Comissão Europeia reconhece o caráter diferente e complementar do regulamento.”¹¹⁷

O incumprimento das obrigações previstas nos artigos 5.º, 6.º e 7.º do Regulamento poderá levar a comissão a aplicar ao controlador de acesso coimas de montante bastante elevado¹¹⁸ (até 10% do volume de negócios total a nível mundial). Caso o *gatekeeper* cometa uma infração semelhante a outra que já tenha sido alvo de decisão de incumprimento nos 8 anos anteriores, poderá aí a Comissão aplicar uma coima cujo valor não deverá ser superior a 20% do seu volume de negócios total a nível mundial.¹¹⁹

6. Conclusão

Os avanços tecnológicos criaram novos desafios não só ao nível do direito da proteção de dados, como também no direito da concorrência. As principais plataformas digitais têm, ao longo dos últimos dos anos, reforçado a sua posição de primazia, adotando comportamentos que poderão ser prejudiciais não só para os utilizadores, como para novos concorrentes que pretendam entrar no mercado.

Neste sentido, numa sociedade onde os dados pessoais são vitais para a economia digital, a interligação entre ambas as áreas parece inevitável, sobretudo tendo em consideração a capacidade quase inesgotável das plataformas digitais para efetuar a recolha e o tratamento dos dados dos seus utilizadores, extravasando em muitas situações aquilo que seria estritamente essencial. Deste modo, fará sentido que uma Autoridade da Concorrência se baseie em disposições do RGPD, ainda que somente a título incidental, para justificar a existência de um comportamento

¹¹⁷ PAIS, Sofia – “A Interação entre ...” *cit.*, p. 432.

¹¹⁸ N.º 1 do art. 30.º do Regulamento dos Mercados Digitais.

¹¹⁹ N.º 2 do art. 30.º do Regulamento dos Mercados Digitais.

violador do direito da concorrência. Tal não deve, todavia, contribuir para que exista uma substituição das autoridades competentes em matéria de proteção de dados, observando-se, sempre, a cooperação necessária e nunca contrariando decisões existentes. Assim, os casos mais recentes demonstram a necessidade de existir uma visão global dos diversos problemas e não separada. Questões como o consentimento (que, na maioria das situações, não é verdadeiramente livre e esclarecido), o direito à portabilidade e o modo como os dados pessoais são utilizados, apresentam a maior relevância e evidenciam a alguns pontos de contacto entre ambas as áreas.

Sendo este um importante ponto de partida, não ignoramos que dificuldades poderão surgir quanto ao enquadramento a dar no direito da concorrência. Parece-nos que o abuso de posição dominante tem o entrave de ser muito difícil definir qual o mercado relevante nas plataformas digitais, bem como ser difícil referir o tipo de abuso que poderá estar em causa. O Abuso de dependência económica, também assente numa perspectiva *ex post*, não é isento de dúvidas.

No nosso entendimento, o RMD é o exemplo mais recente que evidencia os diversos pontos de contacto entre ambas as áreas e que poderá contribuir para os controladores de acesso assegurarem um ambiente digital competitivo – o que pressupõe, *ex ante um* respeito pelos vários princípios do RGPD. Todavia, não podemos deixar de ter em atenção que certa doutrina chama a atenção para o facto de este não ser um verdadeiro diploma de direito de concorrência, assumindo pelo contrário um carácter complementar. Restará, pois, aferir qual o resultado da sua aplicação e, sobretudo, a capacidade da Comissão para assegurar o desígnio que prometeu.

O futuro é incerto e, no mundo tecnológico, o tempo é tudo. Reconhecendo a importância de se promover uma visão conjunta entre ambas as áreas do direito, e nunca ignorando as suas diferenças primordiais, cremos ser da mais elementar importância dar uma resposta coerente e harmonizada aos diversos problemas. Estamos longe da mera utopia e, afinal, esta interligação poderá ser a nova realidade.