



OPINIÃO



**MANUEL MARTINHO
LOPES ROCHA**
Advogado da SRS

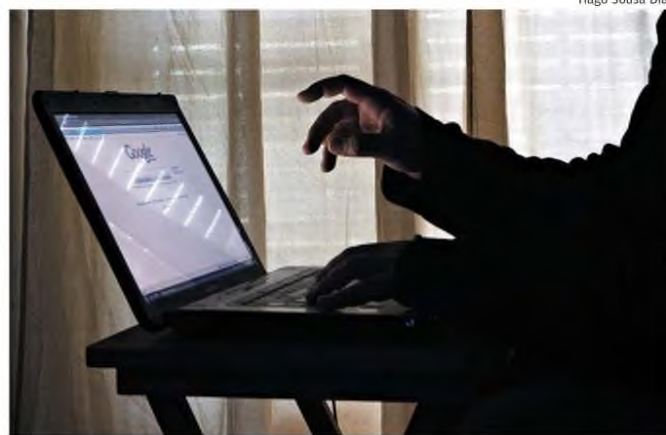
Digital Market Act: a revolução passará por aqui?

Os últimos meses, um pouco por todo o mundo, têm sido frequentes as notícias sobre a crescente preocupação dos poderes públicos no que respeita ao cumprimento, pelas empresas de grande dimensão que operam em mercados digitais (as famosas big tech), dos princípios do direito da concorrência. Em concreto, debate-se a questão de saber se, fruto da sua dimensão e poder de mercado, determinadas condutas prosseguidas por estas empresas poderão limitar a concorrência de operadores de menor expressão.

No passado dia 15 de dezembro, os holofotes dirigiram-se para a União Europeia (não é que isso seja uma experiência nova neste campo, como provam as investigações em curso e as decisões dos últimos anos aplicando coimas milionárias a operadores digitais). Naquela data, foi anunciado um ambicioso pacote legislativo, contemplando dois conjuntos de propostas para o digital: Digital Services Act e Digital Markets Act.

O Digital Services Act procura assegurar a proteção do consumidor europeu em vários aspetos da utilização das plataformas digitais, e.g. no combate aos conteúdos ilegais online ou no aumento da transparência na forma como a publicidade é dirigida, entre outros.

Já o Digital Markets Act centra-se no funcionamento do mercado digital europeu, procurando torná-lo mais justo, competitivo, inovador, assegurando mais e melhores serviços aos cidadãos. No plano dos princípios, nada a apontar: O problema está nos meios: a Comissão não procura recorrer, como habitualmente, às tradicionais regras do direito da concorrência. Aliás, considera que as atuais regras de concorrência não permitem enfrentar, de forma eficaz, os problemas colocados pela atuação das big tech, optando assim, na prá-



Tiago Sousa Dias

tica, por propor um direito da concorrência fast-track simplificado para o mundo digital, afastando-se de conceitos sedimentados há décadas na legislação e jurisprudência dos tribunais europeus (como a de posição dominante e dos critérios de qualificação associados) e das rigorosas exigências de prova que lhes estão associados.

Assim, as soluções propostas pela Comissão passam a girar em torno da ideia do estatuto de gatekeeper: uma plataforma digital que tenha impacto significativo no mercado interno, que esteja numa posição de intermediação entre utilizadores e operadores, e que tenham (ou possam vir a ter num futuro próximo) uma posição consolidada e estável no mercado. É à Comissão que caberá a atribuição deste estatuto, ficando os operadores em causa adstritos a um conjunto significativo de obrigações de conduta. E, caso estas não sejam cumpridas, a Comissão disporá de um leque de medidas para garantir o seu

cumprimento, que poderão ir desde a aplicação de coimas até 10% do volume de negócios da(s) empresa(s) em causa, até à imposição de remédios que podem passar pelo famoso break-up da(s) mesma(s).

Acontece que, ao contrário do que ocorre hoje para qualquer prática potencialmente anticoncorrencial sob análise, ao abrigo desta nova legislação, a Comissão ficaria dispensada de examinar, caso a caso e em profundidade os mercados, as suas dinâmicas, as particularidades das condutas em causa (e os seus potenciais efeitos pró-competitivos), não tendo de provar, com base em evidência clara, os seus efeitos negativos na concorrência.

Sucedo que o tipo de avaliação que se exige atualmente – e que explica, em parte, a longa duração destes processos – torna-se ainda mais premente nos mercados digitais, dada a sua particular complexidade (como, de resto, a própria Comissão admite). Ora, se a pró-

pria metodologia utilizada pela Comissão na análise e sanção de algumas práticas semelhantes às que esta nova proposta pretende proibir, em processos recentes ao abrigo das regras de concorrência atuais, já havia sido criticada por uma parte relevante da literatura especializada, desvalorizar a importância dessa análise e facilitar a aplicação de sanções pela via da simplificação das regras não parece o melhor caminho.

A mesma simplificação das regras observa-se na obrigação de um gatekeeper informar a Comissão da intenção de adquirir um outro operador que atue no universo digital (estando sujeita a sanções, caso não o faça), independente de preencher as regras vigentes em matéria de controlo de concentrações, que há décadas norteiam a atuação das autoridades europeias e nacionais.

É verdade que este é apenas o primeiro passo num procedimento legislativo longo, e o documento final poderá até ser muito diferente da redação atual. Mas a lógica subjacente a esta proposta abre um precedente perigoso: simplificar procedimentos e agilizar a intervenção de entidades administrativas em setores de grande complexidade acarreta um risco de se poder vir a sancionar condutas que, em última análise, podem ser só um reflexo do mercado a funcionar (aportando benefícios em termos de preço, qualidade e inovação dos produtos e serviços ao consumidor). E poderá até, no limite, ser contraproducente: tal como as decisões de uma autoridade administrativa a nível nacional, qualquer decisão da Comissão nesta matéria, que proíba e sancione determinada conduta de um gatekeeper ao abrigo destas novas regras propostas, será passível de recurso para o Tribunal de Justiça da União Europeia, sujeita ao rigoroso escrutínio dos juizes europeus. ■