

Caso Meta Platforms (C-252/21): Conclusões de Advogado-Geral

Diana Camões

O Advogado-Geral, Athanasios Rantos, apresentou as suas conclusões no Caso Meta Platforms (C-252/21), sendo este o primeiro passo para um dos processos que marcará a jurisprudência no Direito da Concorrência. O presente pedido de reenvio prejudicial foi apresentado pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, no âmbito do litígio que opõe a Autoridade da Concorrência Alemã ao Grupo Meta Platforms. *In casu*, o *Bundeskartellamt* proibiu o tratamento dos dados previstos nas condições de serviço do Facebook, alicerçando a sua decisão num Abuso de Posição Dominante (Art. 102.º do TFUE) no mercado das redes sociais.

Coloca-se, a este propósito, uma questão primordial: saber se uma autoridade da concorrência pode, no âmbito do processo relativo às infrações da concorrência, averiguar a título incidental se as condições do tratamento dos dados pessoais se encontram em conformidade com o RGPD. Esta questão não é unânime na doutrina. Por um lado, há quem saliente que outras áreas serão mais adequadas a tratar este tipo de situações (direito do consumo e direito da proteção de dados, por exemplo)¹, devido ao perigo de tal ser suscetível de promover interpretações e decisões contraditórias.² Anteriormente, a Comissão Europeia, não deixou de assinalar que qualquer preocupação relacionada com a privacidade escapava ao escopo de aplicação do Direito da Concorrência.³ A conclusão do Advogado-Geral, quanto a esta questão prejudicial, é muito interessante. Desde logo, postula a necessidade de uma Autoridade da Concorrência, sempre que interpreta o RGPD, cumprir o *princípio da cooperação leal*⁴, o que implica (*i*) que não se afaste das

¹ DZHULIYA LYPALO, “Can Competition Protect Privacy? An analysis Based on the German Facebook Case”, in *World Competition*, 44, no. 2, 2021, 169-198(191). No mesmo sentido, MASSIMILIANO KADAR, “European Union Competition Law in the Digital Era”, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 4/2015, p. 342, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703062.

² ANNE C. WITT, “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>

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

⁴ Nos termos do Art. 4º, nº 3, do TUE, “a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.”

interpretações das Autoridades encarregadas da fiscalização do cumprimento do RGPD e (ii) que consulte a entidade de controlo nacional sempre que tenha alguma dúvida. Ademais, sempre que não exista uma decisão, deverá contactar-se a autoridade competente, cooperando com ela “quando tenha iniciado a investigação da mesma prática ou manifestado a intenção de o fazer.” *In casu*, o Advogado-Geral considerou que *Bundeskartellamt* respeitou os seus deveres de diligência, mormente através da cooperação com as autoridades nacionais, bem como com o contacto informal da autoridade de controlo irlandesa. Consequentemente, advoga que a Autoridade da Concorrência, no âmbito dos seus poderes, poderá analisar – *a título incidental*⁵ – a conformidade das práticas com o RGPD, conquanto promova a cooperação com a entidade competente em matéria de proteção de dados. Ora, a posição do Advogado-Geral não deixa de atender à necessidade de não se esquecer as autoridades competentes para averiguar a conformidade com o RGPD⁶, como reitera que essa aplicação deverá ocorrer a título incidental, na medida em que seja necessário para a investigação em causa. Pese embora se possam colocar algumas questões práticas, e não havendo garantias que se esta posição será seguida, ainda assim constitui um primeiro passo importante. Afinal, não podemos ignorar que, no mundo digital, uma avaliação, ainda que incidental, do RGPD poderá ser muito relevante, sobretudo nas situações em que a plataforma digital disponha de uma posição dominante⁷ e isso levante problemas práticos de direito da concorrência.

Adicionalmente, o Advogado-Geral avaliou se uma eventual posição dominante⁸ poderá ser relevante para avaliar se o consentimento dado pelos titulares é válido e livre,

⁵ Note-se, todavia, que o Advogado-Geral considera, *in casu*, que não estamos diante uma situação em que tenha existido uma aplicação do RGPD a título principal, advogando que essa questão prejudicial é inoperante.

⁶ WOLFGANG KERBER e KARSTEN K. ZOLNA, “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, 217-250(245-246) advogam que a cooperação entre as autoridades da concorrência e de proteção de dados é possível em diferentes circunstâncias, postulando que a sua promoção levará a uma melhor análise e compreensão dos diferentes problemas, bem como uma troca de informação relevante para diferentes perspetivas no âmbito do direito da concorrência e do direito da proteção de dados.

⁷ ANCA CHIRITA, “The Rise of Big Data and the Loss of Privacy”, *in Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law – Towards a Holistic Approach?* Springer, 2018, p. 153-189(168), chama a atenção para este ponto, advogando “*the EU competition authorities are sufficiently robust and equally flexible to effectively adjust to the needs of the online economy and successfully protect European Citizens as online consumers.*”

⁸ No Ac. *United Brands* (C-27/76), parágrafo 65, define posição dominante como “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e que lhe possibilita comportar-se de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e aos consumidores.”

nos termos do Art. 4.º, n.º 11, do RGPD⁹. Na sua ótica, a sua existência, pese embora seja um fator a ter em consideração, não retira ao consentimento a sua validade. Todavia, não deixa de ter em atenção que a posição dominante nas plataformas digitais do Grupo Meta poderá, eventualmente, promover um desequilíbrio nas relações entre o responsável pelo tratamento e o titular dos dados (utilizador), o que deve ser tido em conta na apreciação do requisito da Liberdade do Consentimento.¹⁰ Estas questões prejudiciais são as mais relevantes ao nível do Direito da Concorrência e, pese embora a posição possa ser criticável, não deixa de haver algum esforço na conciliação destas duas realidades.

O TJ terá a oportunidade de elaborar jurisprudência pioneira na matéria. Doravante, e mesmo que tal não seja esclarecido neste caso, ficará em aberto que tipo de enquadramento dar a estas situações. Por um lado, e parece ter sido essa a orientação seguida pela Autoridade Federal da Concorrência, há quem integre no Abuso de Posição Dominante. A primeira dificuldade passará por definir qual o mercado relevante¹¹, o que é difícil dado tratar-se de um *zero-price market*, pois os utilizadores do Facebook não pagam qualquer contraprestação monetária pelo seu uso, não existindo uma “transação financeira direta entre o prestador do serviço e o cliente.”¹² Adicionalmente, o tipo de abuso em causa não é consensual, havendo quem veja na recolha excessiva dos dados

⁹ O consentimento é uma vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento;

¹⁰ Adicionalmente, o Advogado-Geral reconhece que essa situação não implica necessariamente uma equiparação ao limiar de posição dominante, de acordo com o Art. 102.º do TFUE.

¹¹ Este é um primeiro passo essencial, pois como afirma SOFIA PAIS, *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica Editora, 2011, p. 453, exige-se “a identificação prévia do mercado no qual possa ser apreciado o poder económico da empresa, sendo fundamental para determinar as posições concorrenciais a que está sujeita.”

¹² MÁRIA T. PATAKYOSA, “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).

personais um preço excessivo¹³ ou condições de transação não equitativas¹⁴ (Art. 102.º, al. a), do TFUE). Adicionalmente, e ainda quanto ao tipo de enquadramento a dar, o Regulamento dos Mercados Digitais (DMA)¹⁵, prevê para os controladores de acesso (*gatekeepers*) uma proibição de “tratar, dados pessoais de utilizadores finais que utilizam serviços de terceiros que recorram a serviços essenciais de plataforma do controlador de acesso.” Esta obrigação *ex ante* encontra-se diretamente relacionada com a temática em causa, podendo doravante desempenhar um papel crucial nos mercados digitais.¹⁶ Por último, outra alternativa poderá passar pelo enquadramento no Abuso de Dependência Económica¹⁷, o que poderia mitigar algumas das dificuldades existentes.¹⁸

Em suma, o Caso Meta Platforms (C-252/21) assumirá um papel pioneiro no Direito da Concorrência. As plataformas digitais suscitarão novos desafios nas mais diversas áreas. As conclusões do Advogado-Geral demonstram uma tentativa clara de saber como

¹³ Desde logo, tornar-se-ia necessário considerar que o fornecimento dos dados pessoais funciona como uma verdadeira contraprestação face à utilização da Rede Social. Ainda assim, torna-se necessário ter presente que: “*personal data does not disappear or expire when used for payment, it can be used again and again. If it does not exhaust, the harm of providing it as a payment is reduced, limiting the scope for excessive “prices”*” (OLIVER BUDZINKI *et al.*, “The Economics of the German Investigation of Facebook’s Data Collection”, in *Market and Competition Law Review*, Volume V, nº 1, 2021, 43-80). No Ac. *United Brands* (C-27/76), parágrafo 252, o TJ elenca os dois requisitos: (i) que exista uma desproporção excessiva entre o custo efetivamente suportado e o preço efetivamente praticado e (ii) saber se se terá imposto um preço não equitativo, em si mesmo ou em comparação com os preços concorrentes. MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, AAFDL, 2020, 1086-1087, assinala que a sua aplicação terá mais sustentação “quando ocorra em mercados com elevados obstáculos à entrada, sobretudo se a prática dos preços excessivos for acompanhada de condutas tendentes a eliminar os concorrentes atuais ou potenciais.” *In casu*, A aplicação deste duplo teste, em jeito de analogia, corre o risco de ignorar aspetos fundamentais inerentes aos dados pessoais, como bem assinala VIKTORIA ROBERTSON, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, in *Common Market Law Review*, Volume 57, Issue 1, 2020, pp. 161-190.

¹⁴ VIKTORIA ROBERTSON, *cit.*, salienta que isso implicará que os termos de condições sejam qualificados como verdadeiros termos contratuais. Além disso, reitera a Autora, tal poderia resultar do facto de os seus dados pessoais serem transferidos para entidades terceiras, o que vai além das expectativas razoáveis dos utilizadores quando dão o seu consentimento. Isto assume uma enorme importância, pois pese embora o serviço seja “gratuito”, o Facebook utiliza os dados pessoais dos seus utilizadores para publicidade.

¹⁵ Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2022.

¹⁶ Esta medida já constava da proposta da Comissão. WOLFANG KERBER and KERSTEN ZOLNA, *cit.*, 241, consideram que com isso a Comissão Europeia reconheceu a severidade do problema levantado pela Autoridade Federal da Concorrência Alemã.

¹⁷ CARMEN ESTEVAN DE QUESADA, *Abuse of Market in Digital Markets*, Open Lecture, 17 de novembro de 2022, o qual implicaria uma metodologia e o uso de critérios adaptados aos mercados digitais.

¹⁸ Como salienta ALICE RINALDI, “Re-imagining the Abuse of Economic Dependence in a Digital World”, in *Lexxion The Legal Publisher*, 2020, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/re-imagining-the-abuse-of-economic-dependence-in-a-digital-world/>, há dois aspetos que podem revelar-se úteis: “*First, economic dependence is found through the relative and subjective test of reasonable/sufficient alternatives. Second, as opposed to abuse of dominance, abuse of economic dependence concerns a bilateral relationship rather than a relevant market and could serve to by-pass the difficult task of defining fast-changing digital markets.*”

poderão as Autoridades da Concorrência, no âmbito dos seus procedimentos, aplicar o RGPD. Ainda assim, fica em aberto o enquadramento a dar neste tipo de situações.