

Resposta da ANACOM à consulta da AdC ao mercado: ecossistemas digitais, *big data* e algoritmos

I. Introdução

As plataformas digitais ganharam bastante espaço na sociedade na última década, estabelecendo-se como importantes atores económicos, viabilizando a ligação entre instituições, agentes económicos e cidadãos, aumentando a eficiência, por via de novos modelos de negócio. Estas plataformas desempenham um papel importante em muitos sectores, permitindo que compradores e vendedores de bens e serviços negociem e comuniquem entre si, em particular nas áreas do comércio eletrónico, das *apps*, do *software*, dos media, dos serviços financeiros, dos serviços de transporte e de hotelaria.

Desempenhando o papel de intermediárias entre as empresas e os utilizadores finais, as plataformas medeiam grandes fluxos comerciais e de comunicação em cada país e entre países.

Na realidade, a compra e venda de bens e serviços e as comunicações têm vindo a transferir-se gradualmente para a esfera digital, conferindo-lhes poder económico, social e político, o que lhes atribui especial relevância.

Essa importância é ainda reforçada pelas inúmeras inovações que estas plataformas trouxeram na forma como as pessoas e organizações (incluindo o Estado) comunicam, se informam, se relacionam, trabalham, viajam e consomem. No entanto, ao beneficiarem de grandes vantagens, como os efeitos de rede, as economias de escala e de gama e o acesso incomparável a uma grande quantidade de dados dos seus utilizadores, ou como a sua integração em ecossistemas (um conceito que indica a emergência de espaços de negócio inter-relacionados que pode desafiar a tradicional definição de “mercado”), que lhes permite alavancar o seu poder para outros serviços/negócios em que atuam e/ou ter controlo sobre os principais ativos, estas plataformas podem gerar distorções nos mercados e já suscitam amplas preocupações em várias geografias ao nível da concorrência, da equidade e da transparência.

Acresce ainda que a evolução tecnológica tem contribuído para uma crescente convergência sectorial. À semelhança do sector das comunicações eletrónicas, o sector

digital está intrinsecamente ligado aos vários sectores da economia (a título de exemplo: mobilidade e logística, finança e banca, etc.), influenciando o seu crescimento e a inovação.

A pandemia COVID-19 veio reforçar a crescente importância do digital na economia e na sociedade em geral, destacando o papel determinante das redes de comunicações eletrónicas, como infraestruturas decisivas para o processo de transformação digital. A este respeito, importa destacar que o contexto de pandemia conduziu ao crescente uso das redes, e consequentemente da conectividade e dos serviços digitais. Neste contexto, a pandemia acentuou a importância de ter uma visão holística em relação ao digital e das relações que encerra em termos de conectividade e interoperabilidade, por exemplo.

A Comissão Europeia (CE) tem estado particularmente atenta aos desafios que este processo de digitalização tem introduzido, o que justificou o lançamento, em dezembro de 2020, de uma proposta de enquadramento regulamentar próprio para os serviços digitais, no qual se insere o Ato dos Serviços Digitais (ASD) e o Ato dos Mercados Digitais (AMD), que tem como objetivo principal a criação de um espaço digital seguro e competitivo, no qual os direitos fundamentais dos utilizadores estejam assegurados.

Atenta a ampla experiência da ANACOM em matéria de regulação *ex ante* sectorial, fortemente interligada com o digital, e a discussão e participação ativas em diversos fóruns sobre a regulação *ex ante* das plataformas digitais, entre os quais o BEREC¹, o EMERG² e o ERGP³, esta Autoridade entende ser muito relevante a discussão abrangente da regulação do digital, o que justifica uma resposta desta Autoridade à consulta pública lançada pela Autoridade da Concorrência (AdC) em 02.11.2021.

Neste contexto, apresentam-se de seguida algumas considerações gerais sobre as propostas de regulamentos da CE para o digital, especificamente no tocante ao ASD e ao AMD, e sobre as entidades com competências neste domínio (secção II), destacando posteriormente alguns aspetos mais relevantes, face às questões concretas em consulta, atenta a experiência da ANACOM (secção III). Por fim, apresentam-se as conclusões (secção IV).

¹ BEREC - *Body of European Regulators for Electronic Communications*.

² EMERG - *European Mediterranean Regulators Group*.

³ ERGP - *European Regulators Group for Postal Services*.

II. Considerações gerais

O foco das questões colocadas pela AdC na consulta incide sobre potenciais estratégias de exclusão de concorrentes no sector digital ou de colusão, facilitada pela utilização de mega dados (*big data*) e algoritmos (operados nomeadamente por via de capacidades em Inteligência Artificial). Não obstante, algumas das condicionantes referenciadas pela AdC, como a existência de barreiras à entrada (por exemplo, por via de efeitos de rede), não parecem constituir uma prática restritiva ou um abuso de posição dominante, pelo que se justifica uma perspetiva de análise mais abrangente da dinâmica competitiva destas plataformas.

Neste sentido, atenta a discussão da regulação do sector digital ao nível europeu, e nomeadamente as propostas do ASD e AMD, entende-se útil e pertinente apresentar também o entendimento da ANACOM neste âmbito.

Regulamento *Platform-to-Business* (P2B)

A ANACOM, enquanto entidade competente responsável pela supervisão central no domínio do comércio eletrónico em Portugal, tem participado nas discussões e no procedimento legislativo relativo ao diploma de execução do Regulamento P2B.

O principal objetivo do Regulamento P2B é o de criar maior confiança no comércio eletrónico, através da definição de regras aplicáveis às relações comerciais entre (i) entidades que prestam serviços de intermediação *online* a utilizadores profissionais e (ii) entidades que fornecem motores de pesquisa *online* a utilizadores de sítios Internet de empresas, independentemente do local de estabelecimento ou de residência, desde que os utilizadores tenham local de estabelecimento ou de residência na União Europeia (UE) ou proponham os seus bens ou serviços a consumidores localizados na UE.

ASD

As matérias em discussão no âmbito do ASD são, em parte, já acompanhadas pela ANACOM de forma particularmente ativa, dadas as competências que esta Autoridade atualmente detém enquanto entidade de supervisão central em matéria de comércio eletrónico, participando ativamente na produção da posição nacional que tem vindo a ser defendida na discussão a nível do Conselho Europeu.

Esta Autoridade concorda com a revisão da Diretiva de Comércio Eletrónico, atenta a necessidade de ter um quadro legislativo que acompanhe os desenvolvimentos, nos últimos 20 anos, de uma variedade de serviços digitais, sendo necessário ter um regime de responsabilidades robusto, uma vez que se espera lançar as bases da regulação dos serviços digitais para os próximos anos. Alguns dos princípios que se consideram relevantes no ASD incluem: garantir segurança jurídica; caracterizar de forma clara os prestadores e o seu quadro de responsabilidades e obrigações, assegurando condições equitativas entre prestadores “tradicionais” e novos; definir um conjunto de procedimentos e mecanismos de coordenação entre as autoridades competentes e os serviços intermediários, permitindo uma supervisão ágil, previsível e eficaz.

De igual modo, a ANACOM considera que esta proposta deve contribuir para a criação de um verdadeiro Mercado Único Digital, em que a multiplicidade de serviços digitais inovadores oferecidos na UE são desenvolvidos sob condições de segurança jurídica, garantido a igualdade de condições para todos os intervenientes, tanto *online* como *offline*, protegendo também *startups* e pequenas plataformas.

A ANACOM defende que o ASD deve ser amplo em relação ao seu âmbito e aplicável a todos os prestadores de serviços intermediários, incluindo, entre outros, redes sociais, armazenagem na *web*, lojas de aplicativos e *marketplaces*. Em relação à aplicação da proposta de regulamento, o princípio do país de origem tem sido uma pedra angular da Diretiva de Comércio Eletrónico (e outros atos legislativos), facilitando a prestação de serviços em todo o mercado interno europeu, sendo que manter este princípio do país de origem requer uma cooperação ativa e reforçada entre as autoridades nacionais, a fim de se evitar a fragmentação do mercado de serviços digitais da UE. O ASD procura garantir uma efetiva supervisão e implementação das regras, através do reforço dos mecanismos de cooperação entre órgãos de supervisão, incluindo a coordenação a nível da UE ou, mesmo, a eventual supervisão por parte de uma autoridade europeia.

Importa ainda salientar que esta proposta prevê, no seu modelo de governação, uma forte cooperação entre diversas entidades com diferentes perspetivas sectoriais e transversais, com características semelhantes ao modelo de supervisão atualmente em vigor em Portugal no domínio do comércio eletrónico, modelo, aliás, que a ANACOM defende, ainda que com reservas quanto aos requisitos de independência a aplicar à designação destas autoridades, as quais excedem, em muito, o universo limitado das atuais entidades administrativas independentes.

AMD

O AMD vem reconhecer que, independentemente de qualquer comportamento abusivo por parte das plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper*⁴, há condições estruturais nos mercados digitais que levam a que seja difícil a entrada de empresas inovadoras que possam concorrer com as empresas estabelecidas. Por isso, e atendendo a que, genericamente, a lei da concorrência se tem revelado insuficiente e pouco ágil na resposta aos diversos problemas que têm surgido, é, no entendimento da ANACOM, necessário e urgente criar instrumentos que permitam fomentar a inovação dessas plataformas e, simultaneamente, garantir a abertura, o pluralismo e o dinamismo do ecossistema digital, de modo a existir uma justa concorrência e a assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

A ANACOM tem participado ativamente no debate europeu sobre um novo enquadramento regulatório para as plataformas digitais, nomeadamente no contexto do BEREC, defendendo a definição de um quadro regulamentar *ex ante* aplicável às plataformas que atuam como *gatekeepers*⁵.

Em traços gerais, a proposta de regulamento do AMD constitui um passo importante para endereçar algumas das preocupações relacionadas com o poder que as plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper* suscitam e que podem levar a distorções de mercado. Não obstante, também se reconhece existir margem para algumas melhorias desta proposta.

⁴ São consideradas *gatekeepers* as plataformas que cumulativamente: (i) tenham uma posição económica forte, um impacto significativo no mercado interno e exerçam a sua atividade em vários países da UE; (ii) se enquadrem numa forte posição de intermediação, no sentido de ligarem uma alargada base de utilizadores a um grande número de empresas; e (iii) se encontrem (ou estejam prestes a se encontrar) numa posição consolidada e duradoura no mercado, que se prevê estável ao longo do tempo.

⁵ Ver “BEREC Report on the ex ante regulation of digital gatekeepers”, disponível em: https://bereg.europa.eu/eng/document/register/subject_matter/bereg/reports/10043-bereg-report-on-the-ex-ante-regulation-of-digital-gatekeepers.

A proposta de AMD contempla um amplo conjunto de proibições e de obrigações a que as plataformas designadas como *gatekeepers*, que atuam em sectores que prestam serviços essenciais de plataforma⁶, passarão a estar sujeitas.

A ANACOM considera que os critérios para a designação do estatuto de *gatekeeper* das plataformas digitais, as obrigações e o modelo de governação, entre outros aspetos, devem ser objeto de maior reflexão.

Em particular, no que se refere aos critérios para a designação de *gatekeepers*, entende-se que a dimensão de ecossistema deveria ser considerada, na medida em que a integração das plataformas digitais em ecossistemas potencia práticas discriminatórias (ex. exclusão, efeitos de *lock-in* e *path-dependence*, etc.).

No geral, as obrigações propostas parecem assegurar uma intervenção rápida e criar um entendimento comum claro das práticas consideradas lesivas que podem ser desenvolvidas pelas plataformas digitais com estatuto de *gatekeeper*. Não obstante, com vista a garantir maior certeza, confiança e robustez regulatórias, o âmbito de aplicação das obrigações propostas deveria ser clarificado e as obrigações ora propostas deveriam ser complementadas por outras a aplicar caso-a-caso, desenhadas à medida. Adicionalmente, o mecanismo de avaliação da adequação das obrigações após um determinado período da sua aplicação também deveria ser objeto de reflexão, clarificando melhor inclusivamente a possibilidade de reforço e/ou remoção de obrigações, quando necessário.

Esta proposta de regulamento confere à CE a competência exclusiva de avaliação do estatuto de *gatekeeper*, beneficiando do apoio de um comité consultivo no controlo do cumprimento das obrigações previstas.

Esta proposta beneficiaria de uma maior cooperação entre a CE e as autoridades nacionais independentes, que poderiam ter competências em particular ao nível: (i) da recolha de dados nacionais relevantes; (ii) da avaliação do cumprimento das medidas regulatórias; (iii) da recolha e tratamento de reclamações; e (iv) da resolução de litígios. Nota-se, a este

⁶ Tendo sido identificados os seguintes: i) serviços de intermediação *online* (nomeadamente, mercados, lojas de aplicações e serviços de intermediação *online* noutros sectores, como os da mobilidade, dos transportes ou da energia), ii) motores de pesquisa *online*, iii) redes sociais, iv) serviços de plataformas de partilha de vídeos, v) serviços de comunicações eletrónicas interpessoais independentes do número, vi) sistemas operativos, vii) serviços de computação em nuvem e viii) serviços de publicidade, incluindo redes de publicidade, serviços de trocas publicitárias e quaisquer outros serviços de intermediação publicitária, quando estes serviços de publicidade estão relacionados com um ou vários dos serviços essenciais de plataforma.

respeito, que as autoridades reguladoras nacionais de comunicações eletrónicas têm competência na aplicação e monitorização *ex ante* de obrigações, designadamente de interoperabilidade e portabilidade, também previstas no AMD, pelo que a implementação deste Ato poderá beneficiar desta experiência.

Competências e atribuições das autoridades reguladoras para o digital

As entidades reguladoras independentes, como é o caso da AdC ou da ANACOM, têm atribuições em matéria de promoção e defesa da concorrência dos sectores privado, público, cooperativo e social, e, no caso da ANACOM, também atribuições no âmbito da regulação da atividade económica, da promoção da defesa dos serviços de interesse geral e da proteção dos direitos e interesses dos consumidores.

Estas entidades reguladoras são criadas por lei, que define as atividades económicas e os sectores sobre os quais atuam.

Como já referido, a digitalização da economia é transversal a diversos sectores de atividade económica e os seus efeitos verificam-se também num ecossistema complexo onde se intersectam diversos sectores e matérias e, conseqüentemente, as atribuições e competências de um conjunto muito alargado de entidades, não só em razão do sector e dos bens e serviços em causa, como também em razão da própria matéria em presença (como por exemplo, a propriedade industrial, a propriedade intelectual e a proteção de dados), independentemente do sector e do bem ou serviço.

Neste contexto, é assim essencial evitar que exista uma sobreposição da atuação pública no sector digital, à semelhança do que sucede atualmente no domínio do comércio eletrónico, onde vigora um modelo de supervisão que salvaguarda as competências das entidades sectoriais, sem deixar de designar uma entidade de supervisão central para os casos em que aquelas não existam – e nos sectores regulados *ex ante* –, onde as competências das entidades reguladoras independentes com âmbito de atuação sectorial e das autoridades da concorrência se encontram devidamente definidas e articuladas.

Neste sentido, o âmbito de intervenção das várias entidades reguladoras independentes que vierem a ter competências no domínio do digital deve estar bem definido e articulado. A necessidade de acautelar o âmbito de intervenção de cada uma destas entidades constitui um desafio, atendendo ao que parece ser a visão mais abrangente apresentada nestas propostas de regulamentos, e está presente quer no ASD, que propõe a designação

de um coordenador dos serviços digitais e a sua articulação com outras autoridades competentes, quer no AMD, em que está prevista uma intervenção *ex ante*.

Ou seja, para a ANACOM é essencial haver uma profunda reflexão sobre os âmbitos de atuação das diferentes entidades competentes no contexto dos mercados digitais, sendo certo que a eficácia da regulação e da supervisão destes mercados dependerá sempre de uma distribuição de atribuições e competências transparente e eficiente.

III. Considerações específicas

O papel de uma concorrência efetiva para um melhor desempenho económico de um país é fulcral na criação de novas oportunidades de negócios e contribui para a redução do custo dos bens e serviços. Ao se promover e garantir a concorrência sectorial contribui-se para o aumento da oferta, permitindo assim uma maior diversidade de escolha em prol dos consumidores e dos utilizadores finais em geral, tornando a economia mais produtiva.

A concorrência é igualmente essencial em sectores liberalizados (incluindo as comunicações eletrónicas) e/ou sujeitos a regulação (ex. bancos e outros serviços financeiros) ou nos quais o Estado tem um papel particularmente interventivo (ex. saúde, educação).

Barreiras à entrada e expansão

Há características típicas das plataformas digitais que podem limitar a concorrência, nomeadamente por via da criação de barreiras à entrada e à expansão de outras plataformas, entre as quais, os efeitos de rede, as economias de escala e de gama e o acesso a dados de forma massiva.

Os efeitos de rede – ganhos usufruídos pelos consumidores de um produto/serviço quanto mais consumidores usarem esse produto/serviço – desempenham um papel particularmente importante nos mercados digitais, podendo fortalecer a posição dos prestadores de maior dimensão, aumentar os custos de mudança dos consumidores e dos prestadores de produtos e serviços presentes nas plataformas (o chamado “*lock-in effect*”) e dificultar a entrada de novas plataformas.

As economias de escala também são características nos mercados digitais e, ao aumentarem o impacto dos efeitos de rede, acabam por dotar as plataformas de uma vantagem significativa e, conseqüentemente, desincentivar a entrada de concorrentes.

Além disso, muitos mercados digitais exibem fortes economias de gama, permitindo que as plataformas de maior dimensão entrem facilmente em mercados adjacentes, bem como em outros mercados, protegendo e consolidando a sua posição e dificultando que potenciais concorrentes repliquem as referidas economias de gama, impedindo, assim, que concorram eficientemente.

Apesar de as economias de escala e de gama e de os efeitos de rede oferecerem benefícios significativos aos consumidores, o efeito líquido para a sociedade como um todo pode ser limitado, se não existir contestabilidade no mercado, se as condições praticadas não forem justas e transparentes e se se verificar uma redução da inovação.

De destacar ainda a existência de economias de escala dinâmicas nestes mercados digitais, permitindo que as plataformas consigam acumular, ao longo do tempo, um maior conhecimento (tecnológico, produtivo, organizacional, etc.) proveniente da aprendizagem dessas plataformas nos vários mercados e países, adequando-se aos diversos contextos económicos, sociais e políticos.

Muitas plataformas digitais estão integradas verticalmente. Essa integração permite-lhes controlar o acesso às várias áreas de negócio em que atuam, o que, tem impacto, por um lado, no utilizador (dificultando a sua saída do ecossistema), e, por outro, nas plataformas concorrentes e nos fornecedores de produtos e serviços (o que permite que as primeiras dificultem o acesso e/ou diferenciem os termos e as condições praticados, e, conseqüentemente, gerem mais barreiras à entrada).

O acesso massivo a dados também pode ser uma fonte de poder de mercado, uma vez que estes constituem um *input* essencial, tornando-se numa vantagem significativa para quem os detém, que pode ser usada em benefício próprio, para antecipar tendências, para melhorar e introduzir novos produtos e serviços, mas também pode ser usada para criar necessidades, podendo influenciar escolhas, aumentando, por essa via, as barreiras à entrada, com impacto na concorrência. Os dados também são um recurso crítico, porque podem adicionalmente ser usados como fonte de monetização, através da sua disponibilização a terceiros, conferindo-lhes vantagens na expansão da sua atividade. A

CE, no preâmbulo do AMD, observa que os dados podem ser uma barreira considerável à entrada e reduzir a contestabilidade do mercado.

Paralelamente, torna-se importante facilitar/garantir a entrada de plataformas que desenvolvam novos serviços, substitutos ou complementares aos oferecidos pelas plataformas de grande dimensão. Neste contexto, as obrigações de interoperabilidade são importantes para reduzir as barreiras à entrada criadas pelos efeitos de rede e limitar a capacidade das plataformas se envolverem em comportamentos potencialmente prejudiciais para a concorrência e para os consumidores. Com efeito, a concorrência entre plataformas impõe a implementação de obrigações *ex ante*, tal como a anteriormente referida, como forma de garantir dinamismo concorrencial nos mercados (identificado como dinâmica de destruição criativa por Schumpeter).

Contudo, embora as obrigações de interoperabilidade possam reduzir as barreiras à entrada, uma vez que envolvem algum nível de normalização, também têm o potencial de reduzir a inovação e a variedade em relação à funcionalidade que é normalizada, particularmente se as plataformas de grande dimensão controlarem ou tiverem uma influência determinante na definição da norma, podendo resultar no fortalecimento do seu poder.

Por último, empresas e consumidores só podem tomar decisões informadas sobre o uso de plataformas alternativas se tiverem conhecimento das características do serviço que recebem por parte das plataformas que utilizam, incluindo, por exemplo, o seu preço, o valor, os termos e as condições de acesso e utilização e a qualidade do serviço, entre outros aspetos, podendo ser ainda relevante, no caso dos prestadores de produtos e serviços que pretendam selecionar uma plataforma, disporem, em particular, de informação transparente sobre os critérios de apresentação e hierarquização dos conteúdos. Assim, para contribuir para uma maior simetria de informação entre plataformas e utilizadores, é importante incutir confiança e transparência e estabelecer princípios e obrigações específicos que orientem/proíbam os comportamentos referidos acima, em benefício próprio, que reforçam o poder das plataformas digitais de grande dimensão.

Custos de entrada

Conforme referido no relatório da AdC, as plataformas digitais operam em mercados caracterizados por elevadas barreiras à entrada e à expansão, entre os quais os custos de

entrada ou custos afundados elevados. Este aspeto é particularmente evidente no contexto das comunicações eletrónicas e na inter-relação com as plataformas digitais, por via dos serviços *over-the-top* (OTT), com os serviços tradicionais de comunicações, bem como no contexto dos serviços postais, mercado em que algumas grandes plataformas digitais poderão concorrer com os prestadores de serviços postais.

A utilização crescente de serviços OTT tem coincidido com uma tendência de descida das receitas médias por utilizador, também por via da redução das receitas no tráfego de voz e SMS⁷, por parte das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas, em Portugal, em resultado nomeadamente dos efeitos da concorrência e da substituição dos serviços tradicionais por serviços OTT⁸.

Pese embora os serviços OTT estivessem a concorrer diretamente com os serviços tradicionais de comunicações eletrónicas, essa concorrência não era feita em igualdade de circunstâncias, na medida em que as regras regulatórias do sector das comunicações eletrónicas não eram aplicáveis aos serviços OTT, não havendo nomeadamente custos de entrada significativos para estes últimos quando comparados com os serviços de comunicações eletrónicas. A este respeito destaca-se que o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas (CECE) passou a considerar, como serviços de comunicações eletrónicas, os serviços de comunicações interpessoais independentes do número (SCIIN), nos quais se podem vir a inserir mais tipos de serviços OTT, tendo em vista a promoção da concorrência, o desenvolvimento do mercado interno e a proteção dos direitos dos utilizadores finais. Não obstante já existir um enquadramento regulatório para estes serviços, importa ter presente que estes serviços OTT continuam a beneficiar de importantes vantagens competitivas face às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas⁹, que derivam essencialmente dos seus modelos de negócio inovadores, potenciando as economias de escala e de gama, bem como os efeitos de rede, que podem constituir assim importantes barreiras à entrada e à expansão. Muitos destes efeitos são intensificados com a constituição dos ecossistemas digitais.

⁷ *Short Message Service*.

⁸ Ver conclusões do “Estudo sobre serviços de aplicações e conteúdos OTT” realizado pela ANACOM em parceria com a QMETRICS, que se mantêm atuais (disponível em https://www.anacom.pt/streaming/RelatorioIntegrado_VersaoPublica_20160122.pdf?contentId=1378519&field=ATTACHED_FILE).

⁹ Que também beneficiam de efeitos de rede, ainda que de menor magnitude.

Tendo presente algumas destas preocupações, a CE avançou com o AMD, para garantir mercados contestáveis e justos, em toda a UE, no sector digital. Nota-se que esta proposta inclui no seu âmbito, um conjunto de *core platform services*, nos quais se inserem os SCIIN. A ANACOM considera importante a existência de uma regulação *ex ante* assimétrica das plataformas digitais que atuam como *gatekeepers*. Ainda assim, esta Autoridade partilha da posição do BEREC de que, embora o CECE e o AMD possam ser considerados instrumentos complementares, para o alcance de objetivos também eles complementares, poderá existir uma potencial sobreposição das disposições previstas em ambos os regulamentos, pelo que a inclusão dos SCIIN no âmbito do AMD deve ser considerada com cautela¹⁰. Com efeito, ao abrigo do CECE, os SCIIN são objeto de regulação simétrica e assimétrica, estando também previstos procedimentos para identificação de mercados transnacionais (potencialmente pan-europeus) pela CE, que deve ter em máxima consideração o parecer do BEREC. Face ao exposto, a ANACOM considera que os serviços objeto de regulação *ex ante* (como os SCIIN) deverão ser sujeitos a *lex specialis*, i.e., deverá ser dada total prioridade aos instrumentos de regulação sectorial, ficando sujeitos ao AMD apenas em relação a questões que não podem ser endereçadas por aqueles instrumentos (no caso dos SCIIN, pelas disposições do CECE).

Algoritmos

Atendendo à proliferação de *big data* e ao crescimento da economia dos dados, é expectável que os prestadores de produtos e serviços passem a adotar e a utilizar cada vez mais algoritmos no desenvolvimento da sua atividade, nomeadamente algoritmos de preços, ainda que à data da elaboração do relatório “Ecosistemas digitais, *big data* e algoritmos” pela AdC esta utilização em Portugal fosse ainda pouco expressiva¹¹.

Adita-se que a algoritmia tem progredido muito rapidamente para soluções de robotização de processos e de Inteligência Artificial, que são disponibilizadas pelas grandes plataformas, para consumo pelo tecido empresarial em cada Estado-membro e que, embora a utilização de algoritmia possa parecer ser ainda pouco expressiva de acordo com os critérios estudados pela AdC, na realidade essa algoritmia acaba por estar largamente

¹⁰ “BEREC Report on the interplay between the EECC and the EC’s proposal for a Digital Markets Act concerning number-independent interpersonal communication services”, disponível em [https://berec.europa.eu/files/document_register_store/2021/6/BoR_\(21\)_85_Report_on_the_interplay_EECC-DMA_on_NI-ICS_-_Clean_\(final\).pdf](https://berec.europa.eu/files/document_register_store/2021/6/BoR_(21)_85_Report_on_the_interplay_EECC-DMA_on_NI-ICS_-_Clean_(final).pdf).

¹¹ De acordo com o referido relatório, “[a]penas 7,9% das empresas inquiridas afirmaram recorrer a software que determina preços de forma automática” (p.48).

implementada na esfera de operação dos diversos sectores pela utilização levada a cabo pelos vários agentes de mercado no consumo das grandes plataformas, em especial no fornecimento de soluções empresariais (ex. universos Cloud, App, PowerApp e outras infraestruturas de *software*). É, por isso, importante e urgente entender os efeitos da propagação da algoritmia embebida em tecnologia operacional largamente consumida pela sociedade (ex. universos Microsoft, Metaverse, Google Business, etc.).

No que concerne aos algoritmos de preços, considera-se que estes acarretam diversos riscos, caso se traduzam, por exemplo, na concertação dos preços entre empresas, em prejuízo dos consumidores e da concorrência. No entanto, será também de prevenir a ocorrência de outro tipo de situações, não abordadas no relatório da AdC, nomeadamente aumentos de preços ditados por algoritmos que determinem que um mesmo utilizador, numa segunda pesquisa que faça de um determinado serviço, já encontre, mesmo que minutos depois, um preço mais elevado.

Não obstante, consideram-se igualmente preocupantes algoritmos que possam envolver práticas discriminatórias ou de exclusão, por via das técnicas de perfilagem, como por exemplo a discriminação de preços para consumidores com determinadas características ou a limitação da escolha por exclusão de outras opções dos *rankings* de pesquisa ou das recomendações (seja no domínio dos conteúdos, seja dos bens e serviços) e algoritmos que possam determinar preços dinâmicos com base no acompanhamento de algumas variáveis, nomeadamente da procura e da oferta. A ANACOM considera importante que estes riscos sejam acautelados, de modo a salvaguardar os direitos e as liberdades dos consumidores.

Outro tipo de risco que também poderá valer a pena acautelar é o risco associado à falta de transparência na publicação de preços quando estes estão dependentes de determinados tipos de algoritmo (como por exemplo, os que resultam em preços dinâmicos).

Aparte os algoritmos mencionados no referido relatório da AdC, considera-se que poderão ainda existir outros tipos de algoritmos que poderão igualmente merecer atenção, pelos riscos que envolvem, designadamente algoritmos de pesquisa na Internet. Na medida em que estes algoritmos determinam o conteúdo e a ordem de apresentação desse conteúdo aos utilizadores, criando “bolhas” de propagação, e consequentemente influenciando a

escolha destes, considera-se que esses algoritmos poderão comportar alguns dos riscos anteriormente mencionados.

Além disso, nota-se que os algoritmos tendem a ser pouco transparentes, pelo que poderão refletir os interesses da plataforma em causa e das empresas com as quais esta tem acordos, dando por exemplo maior visibilidade e proeminência a determinados produtos ou serviços, potencialmente às expensas dos utilizadores.

A ANACOM considera que a utilização de algoritmos, de um modo geral, assume particular relevância, na medida em que poderá, em última instância, originar falhas de mercado, por exemplo, assimetrias de informação entre os utilizadores e as plataformas. Estas falhas de mercado poderão, por sua vez, traduzir-se em barreiras à entrada e à expansão, com impacto negativo na concorrência, no consumidor, na democracia e na sociedade como um todo. Nesta sequência, entende-se importante destacar esta preocupação, pela relevância que assume e por não ter sido explorada no âmbito do relatório da AdC.

Inovação

Há um amplo reconhecimento dos benefícios trazidos pelas plataformas digitais em termos de inovação e escolha dos consumidores. Através de modelos de negócio inovadores, as plataformas digitais oferecem oportunidades às pequenas e muito pequenas empresas, incluindo *start-ups*, de acesso a novos mercados e expansão em todo o mundo. Adicionalmente, facilitam o acesso dos utilizadores empresariais e individuais a bens, a serviços e a dados, permitindo-lhes uma participação na sociedade e na economia mais plena, ao mesmo tempo que introduzem um elevado nível de eficiência, por via da redução do número de transações envolvidas, do tempo de pesquisa e dos custos de distribuição. Não obstante, existem preocupações crescentes sobre o poder de algumas plataformas de grande dimensão e o controle que exercem sobre uma ampla variedade de bens, serviços e informações, bem como sobre os *inputs* e ativos que são cruciais para promover uma inovação eficaz.

Com efeito, algumas plataformas de grande dimensão podem ter a capacidade e o incentivo para excluir ou impedir qualquer inovação que coloque em risco a sua posição (por exemplo, através de um aumento das barreiras à entrada a terceiros). Ao excluir (potenciais) concorrentes (eventualmente até por via da aquisição de empresas fortemente inovadoras), as plataformas digitais de grande dimensão podem também por essa via ter

um menor incentivo para inovar, pois protegem, desta forma, as suas próprias inovações de outras potencialmente disruptivas, o que não é positivo para a sociedade como um todo.

Será merecedora de análise urgente e aprofundada a dificuldade cada vez maior em entender, em cada momento, do ponto de vista regulatório, os universos de inovação inerentes ao conjunto muito alargado de ecossistemas tecnológicos e de serviços envolvidos nas grandes plataformas, por um lado no contexto das próprias plataformas, por outro lado nos restantes contextos passíveis de suportar concorrência ou complementaridade. Esse entendimento torna-se imprescindível à criação de remédios tempestivos, adequados e proporcionais, através de medidas *ex ante* que promovam o desenvolvimento sustentável dos vários sectores envolvidos.

IV. Conclusão

Tendo em conta a importância dos assuntos digitais na economia e na sociedade em geral, bem como a sua interligação com vários sectores, a consulta da AdC é oportuna e útil para identificar potenciais condicionantes à concorrência, desenvolvimentos da esfera digital e impacto daquelas nos utilizadores finais (cidadãos, empresas, sistema produtivo científico e tecnológico, Estado e outros entes públicos).

Acresce ainda, tal como referido anteriormente, que os serviços OTT concorrem com os serviços de comunicações eletrónicas, não existindo, por isso, um *level playing field* nesses mercados, o que tem sido muitas vezes referenciado como um problema pelas empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas. Também por esta razão, a ANACOM tem vindo a participar e a acompanhar os desenvolvimentos em torno da regulação do sector digital, incluindo as propostas apresentadas pela CE para o novo enquadramento regulamentar para as plataformas digitais.

Destaca-se ainda que a ANACOM é a entidade de supervisão central, em matéria de comércio eletrónico, pelo que as alterações propostas neste âmbito pela CE estão a ser seguidas de perto pela ANACOM. Adicionalmente, nota-se que o modelo de governação proposto no ASD sugere uma forte cooperação entre diversas entidades com diferentes perspetivas sectoriais e transversais, à semelhança do modelo de supervisão atualmente em vigor em Portugal no domínio do comércio eletrónico.

Por um lado, dada a natureza multisectorial e a aceleração a que os sectores de base desta temática (especialmente tecnológicos) estão sujeitos, aditadas da dificuldade de

assegurarmos nas fileiras dos vários reguladores envolvidos o conjunto de competências suportadas por recursos humanos numa zona de conhecimento (tecnológico e de transformação digital) onde o mercado é notoriamente deficitário, a supra referida cooperação interorganizacional será inultrapassável e terá que ocorrer num modelo efetivo, tempestivo e com eficiência equivalente à que deverá acontecer na relação eficiente entre quaisquer departamentos no seio de uma só organização.

Por outro lado, será impossível suportar as várias vertentes da operação regulatória no contexto descrito sem recurso a algoritmia e níveis de transformação digital suficientes induzindo outra necessidade inultrapassável, também ela passível de ser melhor desenvolvida em colaboração, a um nível de apetrechamento tecnológico equiparável (senão superior) ao que se estabelece nos sectores regulados.

É igualmente determinante, para uma capacitação suficiente da observação estratégica necessária à regulação, garantir que os vários reguladores sectoriais intensifiquem a sua imersão no tecido dos sectores regulados em geral e, em especial, nos ecossistemas de inovação que suportam esse tecido, mais uma vez, colaborando eficientemente entre si.

Neste contexto, é importante para a ANACOM ter uma visão holística deste tema, atendendo ao papel determinante das redes de comunicações eletrónicas, como infraestruturas decisivas para o processo de transformação digital, o que justifica uma cooperação estreita entre diversas entidades e autoridades, não só a nível nacional, como europeu, garantindo uma articulação entre o direito da concorrência e a regulação *ex ante* dos mercados digitais, com o objetivo último de promover a contestabilidade, a inovação e a proteção dos consumidores.