

# NOVAS REGRAS PARA A INTERNET: NOTAS BREVES SOBRE INICIATIVAS EUROPEIAS DE REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS

NUNO SOUSA E SILVA\*

“...in Huxley’s vision, no Big Brother is required to deprive people of their autonomy, maturity and history. As he saw it, people will come to love their oppression, to adore the technologies that undo their capacities to think. What Orwell feared were those who would ban books. What Huxley feared was that there would be no reason to ban a book, for there would be no one who wanted to read one. Orwell feared those who would deprive us of information. Huxley feared those who would give us so much that we would be reduced to passivity and egoism. Orwell feared that the truth would be concealed from us. Huxley feared the truth would be drowned in a sea of irrelevance. Orwell feared we would become a captive culture. Huxley feared we would become a trivial culture, preoccupied with some equivalent of the feelies, the orgy porgy, and the centrifugal bumblepuppy.”

NEIL POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death* (Penguin 1986)

**Abstract:** Digital platforms assume an increasingly important societal and economic role. In the process of building a Digital Single Market the European lawmaker has focused part of its efforts on regulating them. This text critically analyses the proposals for a “Digital Services Act” and a “Digital Markets Act” as well as Regulation 2019/1150 of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for professional users of online intermediation services (P2B Regulation). It concludes that an overly complex approach may prove counterproductive and dangerous.

**Keywords:** Internet Law; digital single market; platforms; Digital Services Act; Digital Markets Act; P2B Regulation.

**Summary:** 1. Introduction 2. Digital Services Act 2.1. Context, objectives and structure 2.2. Relationship with other instruments 2.3. Some definitions 2.4. Territorial scope of application 2.5. Safe harbours 2.6. Duties 2.6.1 Common duties 2.6.2 Duties for hosting service providers 2.6.3 Duties for platforms 2.6.4 Duties for Very Large Online Platforms (VLOPs) 2.7. Other recent platform regulation instruments 3.1. P2B 3.2. Digital Markets Act 4. Conclusion.

\* Doutor em Direito. LLM em Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência (MIPLC). Advogado e Prof. Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). E-mail: nsousaesilva@gmail.com *sit*: www.nsousaesilva.pt.

**Resumo:** As plataformas digitais assumem um papel cada vez mais importante na economia e na sociedade. No processo de construção de um Mercado Único Digital o legislador europeu tem concentrado parte dos seus esforços em regulá-las. Este texto analisa criticamente as propostas de Regulamentos intituladas “Ato dos Serviços Digitais” e “Ato dos Mercados Digitais” bem como o Regulamento 2019/1150, de 20 de Junho de 2019 relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha. Conclui que uma abordagem demasiado complexa pode revelar-se contraproducente e perigosa.

**Palavras-chave:** Direito da Internet; mercado único digital; plataformas; Ato dos Serviços Digitais; Ato dos Mercados Digitais; Regulamento P2B.

**Sumário:** 1. Introdução 2. *Digital Services Act* 2.1. Contexto, objetivos e estrutura 2.2. Relação com outros instrumentos 2.3. Algumas definições 2.4. Âmbito territorial de aplicação 2.5. Isenções de responsabilidade (*safe harbours*) 2.6. Deveres 2.6.1. Deveres comuns 2.6.2. Deveres dos fornecedores de serviços de alojamento 2.6.3. Deveres das plataformas 2.6.4. Deveres das Plataformas em Linha de Muito Grande Dimensão (*VLOPs*) 2.7. Fiscalização e sanções 3. Outros instrumentos recentes de regulação de plataformas 3.1. *P2B* 3.2. *Digital Markets Act* 4. Conclusão.

## 1. Introdução

Ultimamente, temos assistido a um frenesim legislativo da União Europeia sob a rubrica do “mercado único digital”<sup>1</sup>. Destacando algumas iniciativas mais recentes: só desde 2019 foram aprovadas as Diretivas (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE<sup>2</sup>, ambas com relevantes impactos na Internet, nomeadamente ao reconhecer que um utili-

<sup>1</sup> O processo remonta à Comunicação da Comissão Europeia de 6 de Maio de 2015 intitulada “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa” (COM (2015) 192 final). Focando-se especialmente nos direitos conexos, *vide* LUÍS SILVA MORAIS, “Sociedade da informação, mercados digitais, direito de autor e concorrência – É chegada a hora de uma grande reforma europeia?” in AAVV, *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, 2015, pp. 393-397. Para uma análise de alguns dos temas mais atuais cfr. CÉLINE CASTETS-RENARD, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruylant, Bruxelas, 2020.

<sup>2</sup> Sobre estas duas Diretivas veja-se JORGE MORAIS DE CARVALHO, “Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português”, *Revista Electrónica de Direito*, vol. 20, 3 (2019), pp. 64-87.

zador poderá facultar dados pessoais em troca de conteúdos ou serviços digitais<sup>3</sup>. Também a Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE, que já analisei nesta Revista<sup>4</sup>, terá um impacto muito importante no funcionamento do ciberespaço.

Reconhecendo o poder de mercado e a centralidade económica e social de certas plataformas que intermedeiam o comércio de mercadorias, a prestação de serviços e a apresentação de conteúdos, foi igualmente adotado o Regulamento (UE) 2019/1150, de 20 de Junho de 2019 relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (conhecido com *Platform to Business Regulation* – doravante “P2B”)<sup>5</sup>.

No segundo semestre de 2020, a Comissão Europeia apresentou, em Setembro, o *Digital Finance Package*, que inclui uma extensa proposta de Regulamento relativo aos mercados de criptoativos (COM (2020) 593 final), em Novembro uma proposta de Regulamento relativo à governação de dados (Regulamento Governação de Dados – designado em inglês *Data Governance Act*) e, a 15 de Dezembro, propostas relativas dois regulamentos, conhecidos como *Digital Markets Act* (*contestable and fair markets in the digital sector* – COM (2020) 842 final – em Português, o Ato dos Mercados Digitais, doravante “DMA”) e o *Digital Services Act* (*Single Market For Digital Services* – COM (2020) 825 final – em Português, o Ato dos Serviços Digitais, doravante “DSA”), este último com a finalidade de rever e atualizar a Diretiva 2000/31.

A Comissão anunciou ainda a intenção de visitar o quadro legal dos serviços de confiança e assinaturas eletrónicas (atualmente estabelecido no Regulamento (UE) 910/2014, conhecimento como *eIDAS*)<sup>6</sup> e, no dia 16 de Dezembro apre-

<sup>3</sup> Cfr. o art. 3º/1 segundo parágrafo da Directiva 2019/770. Sobre este tema cfr. JOZEFIEŃ VANHERPE, “White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content”, *European Review of Private Law*, 2 (2020), pp. 251-274 e AXEL METZGER *et alii*, “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, *JIPITEC*, 9 (2018) pp. 90-109.

<sup>4</sup> NUNO SOUSA E SILVA, “Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790”, *RDI*, 1 (2020), pp. 245-272. Veja-se também ALEXANDRE DIAS PEREIRA, “Os direitos de autor no Mercado Único Digital segundo a Diretiva 2019/790”, *RDI*, 2 (2019), pp. 35-56.

<sup>5</sup> Como sublinha CHRISTOPH BUSCH, “The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a “procedural turn” in EU platform regulation”, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 9, 4 (2020), pp. 133-134, estas regras concentram-se sobretudo nos procedimentos que as plataformas devem atuar. Nesse sentido, as regras aproximam-se daquelas que estamos habituados a ver em procedimentos administrativos.

<sup>6</sup> Sobre este veja-se MIGUEL PUPO CORREIA, “Nota breve sobre o novo quadro legal europeu dos “serviços de confiança”, in: AAVV, *Estudos de Direito Intelectual em Homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 459-470. Para mais informação acerca da revisão consulte-se <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12528-European-Digital-Identity-EUId>. Note-se a publicação recente do DL 12/2021, de 9 de fevereiro que veio consolidar a legislação

sentou a proposta de uma Diretiva em matéria de cibersegurança (COM (2020) 823 final – designada “NIS2”) com vista a substituir a Diretiva (UE) 2016/1148, transposta em Portugal pela Lei 46/2018, de 13 de Agosto.

A mera enumeração destes instrumentos pode causar o equivalente a uma vertigem cósmica ou síndrome de Stendhal<sup>7</sup>. Há, efetivamente, muito que estudar neste domínio<sup>8</sup>. O objetivo deste texto é somente apresentar uma breve análise crítica, mas necessariamente introdutória, relativa aos esforços mais recentes de regulação de plataformas digitais<sup>9</sup>, dedicando especial atenção ao *Digital Services Act*.

## 2. *Digital Services Act*

### 2.1. Contexto, objetivos e estrutura

A Diretiva do comércio eletrónico (Dir. 2000/31, transposta em Portugal pelo DL 7/2004, de 7 de Janeiro) tem mais de 20 anos, o que, tendo em conta a dinâmica da Internet equivalerá a quase um século de existência. Quando foi aprovada não existiam serviços como Facebook, Youtube, Whatsapp, Flickr ou Uber;

portuguesa em matéria de validade, eficácia e valor probatório dos documentos eletrónicos (substituindo o DL 290-D/99, de 2 de agosto) e relativa ao Sistema de Certificação Eletrónica do Estado (substituindo o DL 116-A/2006, de 16 de junho e regulamentação associada), dando execução ao Regulamento eIDAS.

<sup>7</sup> Nas vésperas de acabar este texto, a 21 de Abril, foi publicada uma complexa proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial (até agora só disponível em inglês, com a designação – Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts – (COM/2021/206 final)). Trata-se de uma proposta de grande complexidade que visa estabelecer um standard regulatório mundial. Aplicar-se-á transversalmente (desde os produtores aos utilizadores de Inteligência Artificial, incluindo igualmente importadores e distribuidores) e extraterritorialmente (também a produtores ou utilizadores de Inteligência Artificial que não estejam estabelecidos na União Europeia), proibirá a utilização de Inteligência Artificial para determinadas finalidades (análise de dados biométricos em locais públicos e em tempo real (pense-se em reconhecimento facial) para efeitos policiais, *social scoring* ou técnicas subliminares de manipulação de comportamentos e/ou exploração de vulnerabilidade de forma suscetível a causar danos), imporá deveres consideráveis a Inteligência Artificial de risco-elevado (v.g. sistemas de gestão do fornecimento de infraestruturas críticas, recrutamento de trabalhadores ou que sejam usados para apoiar autoridades judiciais na decisão de litígios), incluindo de registo, transparência, auditabilidade e gestão de qualidade e preverá um quadro sancionatório severo (semelhante ao do DSA).

<sup>8</sup> MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de Internet*, CEPC, Madrid, 2020, pp. 30-31 sugere que o caráter disperso, confuso e contraditório de muita regulação do ciberespaço se deve ao desconhecimento das características da Rede e, sobretudo, à multiplicidade de interesses em tensão, cujo equilíbrio é muito difícil de alcançar.

<sup>9</sup> Para uma perspetiva transversal veja-se a Comunicação da Comissão de 25 de Maio de 2016, “As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa” (COM (2016) 288 final). Propondo uma tipologia de dez plataformas cfr. MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, pp. 580 e ss.

a Netflix e a HBO ainda não ofereciam serviços de *streaming*, a maior parte das pessoas não tinha acesso à internet no telefone, a computação em nuvem não era uma realidade e a Wikipedia não existia. Pode dizer-se que esta regulação estava pensada para a web 1.0. (cujo paradigma era de consumo passivo de conteúdo por parte dos internautas) e não para a web 2.0. (de cariz participativo)<sup>10</sup>. Não obstante, a Diretiva foi um sucesso. Os seus princípios aguentaram bem o teste do tempo e as transformações que este trouxe. Há, porém, um consenso quanto à necessidade de atualizar esse quadro normativo. A vida contemporânea depende mais intensamente da Internet e o ciberespaço mudou muito.

Os Estados-Membros foram adaptando as suas regras, procurando responder a alguns destes desafios, o que naturalmente levou a uma fragmentação das regras, indesejável do ponto de vista do mercado único<sup>11</sup>. Nessa linha, a forma mais eficaz de evitar os efeitos nefastos da competência regulatória passa pela intervenção da União Europeia, especialmente através de um regulamento (que constitui lei uniforme, diretamente aplicável)<sup>12</sup>.

O DSA contém 106 considerandos e 74 artigos organizados em 5 capítulos: regras gerais (arts. 1º e 2º), responsabilidade de intermediários (arts. 3º a 9º), deveres dos intermediários, que variam consoante o tamanho e a atividade desempenhada por estes, (arts. 10º a 37º), regras complexas relativas à supervisão, tutela e garantia da aplicação das normas previstas (arts. 38º a 70º) e disposições finais e transitórias (arts. 70º a 74º).

Como enuncia o art. 1º/1 estão em causa essencialmente três aspetos: a) as isenções de responsabilidade de intermediários; b) os deveres dos intermediários, que variam de acordo com a sua categoria e dimensão e c) a supervisão e tutela relativamente a estas regras.

Os objetivos referidos no art. 1º/2 – contribuir para o bom funcionamento do mercado interno de serviços intermediários e estabelecer um ambiente em linha seguro, previsível e fiável, protetor de direitos fundamentais – são na verdade formulações ocas, que pouco ou nada explicam. Os reais objetivos do DSA passam

<sup>10</sup> MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, p. 588.

<sup>11</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 204-208, dando nota de algumas diferenças na transposição da Diretiva do Comércio Eletrónico. Nos últimos anos multiplicaram-se as intervenções legislativas nos Estados-Membros, o que veio exacerbar essa divergência de leis nacionais. Nesse sentido cfr. CHRISTINA ANGELOPOULOS, “Beyond the Safe Harbours: Harmonising Substantive Intermediary Liability for Copyright Infringement in Europe”, *IPQ*, 3 (2013), pp. 253-274.

<sup>12</sup> Nesse sentido a base legislativa utilizada é o art. 114º do TFUE. Sobre os modelos (centralizado e descentralizado) de regulação económica vide CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 17-28.

por atualizar a Diretiva do comércio eletrónico, dedicando mais atenção aos fornecedores de serviços de alojamento e, sobretudo, controlar as grandes plataformas de Internet de forma efetiva e unificada.

Esta pretensão é compreensível e justificada: as plataformas digitais já não são neutras, são antes um dos principais agentes das mudanças económicas e sociais a que temos assistido<sup>13</sup>. Não obstante, encontrar regras equilibradas é desafiante e conduz facilmente a contradições<sup>14</sup>.

## 2.2. Relação com outros instrumentos

O DSA reconhece o valor da Diretiva do Comércio Eletrónico, replicando, no essencial, os seus artigos 12º a 15º, nos artigos 3º (simples transporte), art. 4º (armazenagem temporária – “*caching*”), 5º (armazenagem principal – “*hosting*”) e 7º (ausência de obrigação geral de vigilância) respetivamente<sup>15</sup>. Em virtude dessa substituição o art. 71º DSA revoga os arts. 12º a 15º da Diretiva do Comércio Eletrónico. O remanescente da Diretiva 2000/31, incluindo a cláusula do mercado interno e as regras relativas à conclusão de contratos eletrónicos, mantem-se em vigor<sup>16</sup>.

No entanto, quer ao examinar o DSA, quer à luz de outros instrumentos, vemos que há mais obrigações e que o paradigma de *notice-and-takedown* é, em certa medida, posto em causa em relação aos fornecedores de serviços de armazenagem principal (*hosting*). Apesar de a própria Diretiva 2019/790 dizer o contrário<sup>17</sup>, começam a surgir obrigações gerais de filtragem<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> ANDREJ SAVIN, “The EU Digital Services Act: Towards a more responsible Internet”, in: <https://ssrn.com/abstract=3786792>. Também ROBIN MANSELL/W. EDWARD STEINMUELLER, *Advanced Introduction to Platform Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, p. 5 “The platforms are implicated in the reshaping of civic and politic discourse, the dissipation of social cohesion and, for some, the enslavement of human learning and imagination”.

<sup>14</sup> Como demonstra o excelente texto de MARK A. LEMLEY, “The Contradictions of Platform Regulation”, 03.02.2021 (in <https://ssrn.com/abstract=3778909>).

<sup>15</sup> Em Portugal transpostos nos artigos 12º e ss. do DL nº 7/2004, de 7 de Janeiro (vulgarmente designada como Lei do Comércio Eletrónico). Sobre estas regras veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Almedina, Coimbra, 2012.

<sup>16</sup> Não obstante, o DSA poderá pôr em causa alguns dos aspetos do princípio do país de origem previsto no art. 3º da Directiva 2000/31. Sobre este veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, pp. 208 e ss.

<sup>17</sup> O art. 17º/8 dispõe “A aplicação do presente artigo não implica qualquer obrigação geral de monitorização”. Não obstante, essa obrigação decorre (lógica e necessariamente) dos deveres enunciados nas alíneas b) e c) do art. 17º/4 – assim KARINA GRISSE, “After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790”, *JIPLP*, (2020), p. 894.

<sup>18</sup> As obrigações são gerais na medida em que dizem respeito a todo o conteúdo, mas são especiais porquanto dizem respeito a apenas um determinado critério (p. e., pornografia infantil ou violação de

Os considerandos 9 a 11 e o art. 1º/5 esclarecem que o DSA deverá ser entendido como *lex generalis*, que não prejudica nem afeta outros instrumentos. No entanto, uma análise do DSA, sobretudo quando confrontada com as restantes propostas, apresentadas ou previstas, e instrumentos recentemente aprovados, leva-nos a duvidar dessa conclusão.

Apesar de este ser um regulamento, logo conter direito unificado, não é totalmente claro que efeito de preempção, se algum é que poderá ter nas leis nacionais<sup>19</sup>. Manter-se-ão aplicáveis leis como a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, lei alemã de combate à desinformação nas redes sociais, ou a *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, lei francesa com o mesmo objetivo? Creio que a resposta deverá ser positiva, até porque o DSA não abrange desinformação e remete para as leis nacionais a determinação do estatuto lícito ou ilícito dos conteúdos.

### 2.3. Algumas definições

A matéria das definições, constante do art. 2º DSA, gera consideráveis desafios ao jurista que tente ter um entendimento sistemático da intervenção legislativa europeia neste domínio. O DSA afasta-se das noções utilizadas na Diretiva do Comércio Eletrónico e também não utiliza sempre as mesmas noções que constam de instrumentos recentes do acervo, tais como o DMA, o Regulamento P2B ou a Diretiva dos Direitos de Autor no Mercado Único Digital.

Nesse sentido, o DSA refere-se ao “destinatário do serviço” (art. 2º), isto é, qualquer pessoa, que utilize o serviço, enquanto que o Regulamento P2B (no seu art. 2º/7) faz uso da noção de “utilizador de sítios Internet de empresas” e o DMA fala em “utilizador final” (art. 2º/16) e “utilizador profissional” (art. 2º/17).

Haveria certamente uma forma mais simples de harmonizar transversalmente pelo menos algumas destas noções. Isso aliás acontece quanto a “serviço da sociedade da informação”, cuja definição é feita por remissão para o artigo 1º/1/b) da Diretiva (UE) 2015/1535, que estabelece um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da socie-

propriedade intelectual). No fundo, todo o conteúdo é “peneirado”, mas só se usa uma peneira ou só se procura um minério.

<sup>19</sup> Sobre o tema da preempção no Direito da União Europeia veja-se AMEDEO ARENA, “The Doctrine of Union Preemption in the E.U. Internal Market: Between Sein and Sollen”, *Columbia Journal of European Law*, 17 (2010-2011), pp. 477-556 (defendendo a validade e utilidade do princípio) e MARCUS KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 101-124 (pronunciado-se no sentido da sua desnecessidade).

dade da informação<sup>20</sup>, ou de “consumidor” (“pessoa singular que atue para fins alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional”)<sup>21</sup>.

Ainda que a Diretiva do Comércio Eletrónico já se referisse a intermediários, é só agora que surge uma definição de “serviço intermediário” (art. 2º/f) DSA), feita por enumeração de três categorias de acordo com as funções exercidas (simples transporte, armazenagem temporária e armazenagem em servidor)<sup>22</sup>. As entidades que tenham controlo editorial do conteúdo apresentado não são consideradas intermediárias<sup>23</sup>.

Outra novidade é a definição de “Plataforma em linha”, como um tipo de prestador de serviço de armazenagem em servidor que “a pedido de um destinatário do serviço, armazene e divulgue informações ao público, a menos que essa atividade seja um elemento menor e meramente acessório de outro serviço, que, por razões técnicas objetivas, não possa ser utilizado sem esse outro serviço<sup>24</sup>, e que a sua integração no outro serviço não constitua uma forma de contornar a aplicabilidade do presente regulamento”<sup>25</sup>. Não é evidente como é que esta definição

<sup>20</sup> “qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”, sendo “i) «à distância»: um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes; ii) «por via eletrónica»: um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos eletrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos, e iii) «mediante pedido individual de um destinatário de serviços»: um serviço fornecido por transmissão de dados mediante pedido individual;”. A Directiva apresenta ainda em anexo exemplos de serviços não incluídos nesta definição. Para uma análise desta definição *vide* MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, pp. 435 e ss.

<sup>21</sup> Não estaria na altura de começar a codificar o Direito da União Europeia e usar as mesmas noções em todo o acervo? Até lá, não poderão usar a mesma formulação verbal? A noção de consumidor é igual no Regulamento P2B e no DSA, mas as palavras usadas são distintas.

<sup>22</sup> O TJ foi densificando o conceito de intermediário nalguma jurisprudência tal como os acórdãos C-557/07, *Tele2* (EU:C:2009:107), §46 e C-494/15, *Tommy Hilfiger* (EU:C:2016:528), §25.

<sup>23</sup> ANDREJ SAVIN, *op. cit.*, p. 5: “The Proposal does not apply to telecoms or audio-video media services under editorial control”.

<sup>24</sup> Esta exclusão parece inspirada na Diretiva dos Serviços Audiovisuais e na jurisprudência C-347/14, *New Media* (EU:C:2015:709) em que se discutiu se um *site* de um jornal que apresentava, num separador, curtos vídeos relacionados com as notícias publicadas devia ser qualificado como serviço audiovisual, tendo o tribunal assinalado que esse *site* “não deve ser considerad[o] um serviço audiovisual se esses elementos audiovisuais forem meramente acessórios e servirem apenas para completar a oferta dos artigos de imprensa escrita” (§26). De igual forma, no acórdão C-132/17, *Peugeot Deutschland* (EU:C:2018:85) o TJ entendeu que o objetivo promocional de um canal de vídeos publicitários no YouTube bastava para afastar a qualificação de serviço audiovisual.

<sup>25</sup> Não é claro se esta noção inclui os motores de busca, os quais em Portugal estão cobertos por norma própria (art. 17º do DL 7/2004), que remete para o regime da armazenagem principal, apesar de não estarem contemplados na Diretiva 2000/31 (*vide* ARNO LODDER/NINA LODDER, “Electronic Commerce Directive”, in: A AVV, *Concise European Data Protection, E-Commerce and IT Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 314).



se articula com a noção de “Prestador de serviços de partilha de conteúdos em linha” da Diretiva 2019/790<sup>26</sup>, que também diverge da definição de “serviços de plataforma de partilha de vídeos” utilizada na Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual<sup>27</sup>. Parece-me que a noção de plataforma adotada no DSA abrangerá as outras como subcategorias<sup>28</sup>.

Nesse sentido, teremos, por ordem decrescente de abrangência: serviços da sociedade da informação, que incluem os serviços intermediários, dos quais os serviços de armazenagem em servidor são um subtipo. Por sua vez, as plataformas em linha são um de vários tipos de serviços de armazenagem em servidor e, dentro das plataformas, apenas algumas serão prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha e, apenas parcialmente coincidindo, serviços de plataforma de partilha de vídeos<sup>29</sup>.

Por outro lado, pode apontar-se a ausência de definição de “mercado em linha” (*Marketplace*), uma categoria que parece ser contemplada nos artigos 5º/3 e 22º do DSA, definida na Diretiva 2019/2161 como “um serviço com recurso a software, nomeadamente um sítio Web, parte de um sítio Web ou uma aplicação, explorado pelo profissional ou em seu nome, que permita aos consumidores celebrar contratos à distância com outros profissionais ou consumidores”<sup>30</sup>.

A definição de conteúdo ilegal é outro ponto controverso. Ao contrário do que chegou a ser equacionado, o DSA não acolheu o conceito escorregadio de “conteúdo nocivo”. Não obstante, a definição de conteúdo ilegal – “quaisquer informações que, por si só ou por referência a uma atividade, incluindo a venda de produtos ou a prestação de serviços, não estejam em conformidade com o direito da União ou de um Estado-Membro, independentemente do objeto ou

<sup>26</sup> Sobre esta veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *op. cit.*, pp. 264-265.

<sup>27</sup> Art. 1º/1/b) da Diretiva (UE) 2018/1808: “um serviço na aceção dos artigos 56.º e 57.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sendo a principal finalidade do serviço ou de uma parte dissociável do mesmo, ou uma funcionalidade essencial do serviço, a oferta ao público em geral de programas ou de vídeos gerados pelos utilizadores, ou de ambos, em relação aos quais o fornecedor da plataforma de partilha de vídeos não tem responsabilidade editorial, destinados a informar, distrair ou educar, através de redes de comunicações eletrónicas, na aceção do artigo 2º, alínea a), da Diretiva 2002/21/CE, e cuja organização é determinada pelo fornecedor da plataforma de partilha de vídeos, nomeadamente por meios automáticos ou por algoritmos, em particular através da apresentação, da identificação e da sequenciação”.

<sup>28</sup> MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, p. 454 parece ir no mesmo sentido.

<sup>29</sup> O assunto complica-se quando se consulta o DMA, que utiliza as noções de “serviço essencial de plataforma” e de “controladores de acesso” (“gatekeepers”). Sobre isso veja-se *infra* 3.2.

<sup>30</sup> Trata-se da Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, conhecida como a “Diretiva Omnibus”.

da natureza precisa desse direito”<sup>31</sup>, é porventura demasiado amplo, sobretudo porque no DSA não se qualifica o conteúdo como manifesta ou obviamente ilegal para afastar a isenção de responsabilidade dos fornecedores de serviço. Assim, pornografia infantil, material que viole direito de autor ou direito do consumidor e conteúdo difamatório ou ofensivo dos bons costumes parecem estar ao mesmo nível<sup>32</sup>. Não obstante, o art. 21º/1 só exige a informação das autoridades policiais perante a suspeita de “um crime grave que envolva uma ameaça à vida ou à segurança das pessoas” e o art. 20º/1 só prevê a suspensão da prestação de serviços àqueles que forneçam com frequência “conteúdos manifestamente ilegais”.

## 2.4. Âmbito territorial de aplicação

Um dos aspetos espinhosos do DSA diz respeito ao seu âmbito territorial de aplicação e à relação com o princípio do país de origem.

Na linha do que dispõem outros regulamentos, como o Regulamento Geral de Protecção de Dados, o art. 1º/3 estabelece que o DSA é aplicável aos serviços intermediários “prestados aos destinatários do serviço cujo local de estabelecimento ou de residência se encontre na União, independentemente do local de estabelecimento dos prestadores desses serviços”. Neste caso, o critério de conexão para que um destinatário possa invocar as regras do DSA será ter estabelecimento ou residência na União Europeia.

Por outro lado, no considerando 76 afirma-se: “em relação aos prestadores que não possuem um estabelecimento na União, mas que oferecem serviços na União e que, por conseguinte, são abrangidos pelo âmbito de aplicação do presente regulamento”. A noção de oferecer serviços é dada pelo art. 2º/c), e implica que o serviço tenha “uma ligação substancial à União”. Considera-se ser esse o caso quando o prestador possui um estabelecimento na UE ou quando haja outros fatores que iniciem essa ligação, tais como um número significativo de utilizadores num ou mais Estados-Membros ou direcionar a oferta de produtos ou serviços a pelo menos um Estados-Membro<sup>33</sup>. Isso significa que a maior parte

<sup>31</sup> Art. 2º/g). Veja-se também o considerando 12.

<sup>32</sup> Haverá, no entanto, legislação especial que se aplica a conteúdo terrorista (Diretiva (UE) 2017/541), violação da propriedade intelectual (Diretivas 2001/29/CE, 2004/48/CE e (UE) 2019/790), ou pornografia infantil (Diretiva 2011/93/UE). Existe ainda a Decisão-Quadro 2008/913/Jai do Conselho de 28 de Novembro de 2008 relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia.

<sup>33</sup> Este ultimo ponto parece corresponder ao critério de *intention to target*, que tem vindo a ser desenvolvido na jurisprudência europeia (veja-se, p. e., C-173/11, *Sportsradar* (EU:C:2012:642), §36, onde se afirma “a

dos prestadores de serviços da sociedade de informação estabelecidos fora da União Europeia serão abrangidos pelo DSA<sup>34</sup>.

Tendo em conta que a noção de conteúdo ilegal se afere tanto à luz do Direito nacional como à do Direito europeu, colocar-se-á frequentemente um problema de conflito de leis. Determinados conteúdos poderão ser lícitos no país de origem, mas violadores de direitos de terceiro ou proibidos por qualquer outra razão noutro Estado-Membro (um exemplo frequentemente dado diz respeito à exibição ou venda de produtos com a cruz suástica).

O art. 8º/1 do DSA dispõe que: “Os prestadores de serviços intermediários devem, após receção de uma decisão que ordene a atuação contra um elemento específico de conteúdo ilegal, emitida pelas autoridades judiciais ou administrativas nacionais competentes, com base no direito da União ou no direito interno aplicável, informar, em conformidade com o direito da União, a autoridade que emitiu a decisão do seguimento dado, sem demora injustificada, especificando as medidas tomadas e o momento em que foram tomadas”. No entanto, não parece que se crie aqui um mecanismo de aplicação extraterritorial de direito nacional ou sequer uma forma alternativa de reconhecimento e execução de sentenças<sup>35</sup>. Nesse sentido, o art. 8º/2/b) sublinha que: “O âmbito territorial da decisão, com base nas regras aplicáveis do direito da União e do direito nacional, incluindo a Carta e, quando pertinente, nos princípios gerais do direito internacional, não excede o estritamente necessário para alcançar o seu objetivo”.

simples acessibilidade, num dado território nacional, ao sítio Internet que contém os dados em causa não é suficiente para concluir que a pessoa que explora esse sítio leva a cabo um ato de reutilização abrangido pelo direito nacional aplicável a esse território em matéria de proteção conferida pelo direito *sui generis* (...)”. Antes, “A localização de um ato de reutilização no território do Estado-Membro para o qual os dados em causa são enviados depende da existência de indícios que permitam concluir que esse ato revela a intenção do seu autor de chegar a pessoas situadas nesse território” (§39). Na mesma linha *vide* C-585/08 e C-144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof* (EU:C:2010:740).

<sup>34</sup> Vale a mesma solução no DMA e no Regulamento P2B. E compreende-se que assim seja, a maior parte das empresas visadas por esta regulação são empresas norte-americanas. Para a perspectiva norte-americana sobre estas iniciativas *vide* o relatório do *Congressional Research Service* de 25 de Março de 2021, “EU Digital Policy and International Trade” (R46732).

<sup>35</sup> ANDREJ SAVIN, *op. cit.*, p. 6 (“The article does not harmonize the substance of such right, i.e. it does not regulate in which cases the authorities may request information nor whether such information needs to be handed over. The Article demands that the intermediary recognizes the receipt and obliges them to inform the issuer of the actions to be taken. It further gives minimal procedural requirements but it also stipulates that no extra information above what is already collected needs to be collected for the purposes of complying”). Por isso, os arts. 45º e 46º do Regulamento Bruxelas I (Reg. 1215/2012) manter-se-ão plenamente aplicáveis. Não obstante, o TJ já considerou (C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* (EU:C:2019:821), §53) ser possível “ordenar a um fornecedor de armazenamento que suprima as informações a que a medida inibitória diz respeito ou que bloqueie o acesso às mesmas a nível mundial, no âmbito do direito internacional relevante”.

Assim, uma sociedade de direito português que explore servidores em território nacional não terá que respeitar as leis de 27 Estados-Membros. O princípio do país de origem manter-se-á aplicável<sup>36</sup>. Igual conclusão valerá para as ordens relativas à prestação de informações previstas no art. 9º do DSA. Isto não impedirá os Estados-Membros de, como prevê o considerando 24 da Diretiva do Comércio Eletrónico, restringir o acesso a determinados serviços (lícitos no país de origem, mas ilícitos no país de destino) e impor mesmo obrigações de *geoblocking*.

## 2.5. Isenções de responsabilidade (*safe harbours*)

Como se referiu (2.2.), as regras básicas sobre responsabilidade dos intermediários transitam da Diretiva do Comércio Eletrónico para o DSA praticamente inalteradas. O grau de intimidade com o conteúdo varia (desde o simples transporte de informação até à exploração comercial dos conteúdos que são armazenados<sup>37</sup>) e afeta o grau de exposição à responsabilidade. Na UE as imunidades variam de acordo com a função desempenhada<sup>38</sup> e os fornecedores de serviços de armazenamento (*hosting*) são aqueles que levantam mais questões.

<sup>36</sup> ARNO LODDER/NINA LODDER, *op. cit.*, p. 282 (“This principle ensures that ISS providers in principle need only comply with the rules of the legal system of one Member State”). Sobre este princípio (consagrado no art. 3º da Diretiva do Comércio Eletrónico) e os seus limites cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *op. cit.*, pp. 213 e ss.

<sup>37</sup> Nalguns casos podemos duvidar se ainda estamos perante intermediários e/ou se a isenção de responsabilidade é passível de ser invocada. No acórdão C-324/09, *L'Oréal v. Ebay* (EU:C:2011:474), o TJ, conclui que: “ O artigo 14º, nº 1, da (...) Directiva sobre o comércio electrónico, deve ser interpretado no sentido de que se aplica ao operador de um sítio de comércio electrónico quando este não tenha desempenhado um papel activo que lhe permita ter um conhecimento ou um controlo dos dados armazenados. O referido operador desempenha esse papel quando presta uma assistência que consiste em otimizar a apresentação das propostas de venda em causa ou em as promover”. Por outras palavras, nesses casos, visto que não há neutralidade do intermediário, não pode haver isenção de responsabilidade (sublinhando a essencialidade da neutralidade veja-se C-291/13, *Papasavvas* (EU:C:2014:2209), §40 e ss.). Também por isso o TJ considerou que o Airbnb é um intermediário (C-390/18, *Airbnb* (EU:C:2019:1112)), nomeadamente por não exercer influência nos preços ou nas partes contratantes, mas negou essa qualificação à Uber (C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi* (EU:C:2017:981)), que define os preços do serviço e designa os prestadores, sem ser dada escolha ao utilizador. Na mesma linha, discute-se se uma plataforma como o Youtube faz comunicação ao público, estando pendente um reenvio sobre a matéria (C-682/18 e 683/18, *Peterson v. Youtube*). Na sua opinião de 16 de Julho de 2020, o Advogado-Geral SAUGMANDSGAARD ØE sugere que a resposta deve ser negativa (EU:C:2020:586).

<sup>38</sup> LILIAN EDWARDS, “With Great Power Comes Great Responsibility? The Rise of Platform Liability”, in: *Law, Policy and the Internet* (ed. LILIAN EDWARDS), Hart, Oxford, 2019, p. 267.

O DSA vem finalmente esclarecer, no art. 6º (conhecida como a cláusula do “bom samaritano”<sup>39</sup>), que o facto de os prestadores de serviços “realizarem investigações voluntárias por iniciativa própria ou outras atividades destinadas a detetar, identificar e remover ou bloquear o acesso a conteúdos ilegais” não afasta a aplicação das isenções de responsabilidade previstas no Regulamento<sup>40</sup>. Ou seja, não será porque um intermediário fiscaliza certos conteúdos para alguns fins que se deverá considerar que tomou conhecimento de todos os conteúdos para todos os fins. Uma plataforma pode investir grandes esforços em fiscalizar e remover conteúdo pornográfico sem que isso afaste a sua isenção de responsabilidade pelo carácter ofensivo ou violador de direitos intelectuais dos materiais fiscalizados.

Outra novidade, animada por uma ideia de proteção da confiança/aparência, passa por afastar a isenção de responsabilidade “nos termos do direito em matéria de proteção dos consumidores, de plataformas em linha que permitam aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, sempre que essas plataformas apresentem o elemento específico de informação ou permitam, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio e razoavelmente bem informado a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela própria ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo”(art. 5º/3 DSA). O objetivo é abranger aqueles casos em que as empresas, além de venderem produtos ou prestarem serviços diretamente, também gerem “marketplaces”. Isto acontece por exemplo com a Amazon, que vendendo diretamente produtos (produzidos por si ou em revenda), também permite a terceiros utilizarem a sua plataforma para vender produtos, sem que seja claro para o consumidor que, nesses casos, está a comprar a outro fornecedor que não a Amazon.

Em comparação com a Diretiva do Comércio Eletrónico há pequenas *nuances* que podem ou não ser relevantes. Na Diretiva do comércio eletrónico falava-se em atividade ilegal ou informação ilegal, agora fala-se em conteúdo ilegal<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Prevista expressamente no Direito norte-americano (Section 230(c) do *Communications Act* de 1934 (as amended by the *Telecommunications Act of 1996*)).

<sup>40</sup> LILIAN EDWARDS, *op. cit.*, p. 273 (referindo a Comunicação da Comissão “Combater os conteúdos ilegais em linha: Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha”, de 28.09.2017 – COM (2017) 555 final, que já o previa). Discutindo este problema ao abrigo da legislação vigente *vide* MARTIN HUSOVEC, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable but not Liable?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 54 e ss. Pronunciando-se favoravelmente quanto à solução do DSA *vide* MATTHIAS LEISTNER, “The Commission’s vision for Europe’s Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A critical primer”, *JIPLP*, (2021) (em *advance access*).

<sup>41</sup> Talvez não faça diferença, nomeadamente à luz da jurisprudência C-108/09, *Ker-Optica* (EU:C:2010:725), que considerou que a proibição de venda *online* de lentes de contacto “está, em princípio, abrangida pelo âmbito de aplicação da Directiva 2000/31” (§40).

Em qualquer caso, como sublinha MARTIN HUSOVEC<sup>42</sup>, estas normas estabelecem apenas uma área (agora unificada) de isenção de responsabilidade, as normas de imputação de responsabilidade continuam a ser definidas por cada Estado. Além disso, as imunidades em causa dizem apenas respeito à responsabilidade (civil ou sancionatória) e não isentam os intermediários do cumprimento de deveres. No DSA estes aumentam consideravelmente.

## 2.6. Deveres

O DSA parte de uma base comum de deveres aplicáveis a todos os intermediários (arts. 11º a 13º). Acrescem a estes alguns deveres específicos dos fornecedores de serviços de alojamento (arts. 14º e 15º). As plataformas, entendidas como um subtipo dos fornecedores de serviços de alojamento, são especialmente reguladas (arts. 16º a 37º).

Os deveres variam de acordo com a dimensão das empresas que prestam os serviços, estando as micro e pequenas empresas excluídas de alguns deles (art. 13º/2, excluindo o dever dos prestadores de serviços intermediários de apresentação de relatórios de transparência e art. 16º, excluindo a aplicação da secção 3 do Capítulo III relativa aos deveres específicos das plataformas). Os critérios para qualificação das empresas constam da Recomendação 2003/361/CE e são o número de trabalhadores e o volume anual de negócios ou balanço total anual. Tem sido apontado que algumas das maiores plataformas (como o Instagram) têm muito poucos trabalhadores e esse critério poderá não ser o mais adequado, revelando-se relativamente fácil de contornar através do recurso sistemático a prestadores de serviços.

As “plataformas em linha de muito grande dimensão” (*VLOPs*, na abreviatura inglesa), definidas como aquelas com um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões<sup>43</sup>, estão sujeitas a deveres especiais (arts. 25º a 37º) e a um regime mais severo de fiscalização (arts. 50º a 66º). No sentido de permitir que uma plataforma assim classificada pela Comissão Europeia se organize para cumprir esses deveres está previsto um prazo de quatro meses de adaptação<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 50. Claramente nesse sentido veja-se o considerando 17.

<sup>43</sup> Art. 16º/1. Nos termos do art. 25º/3 a Comissão Europeia deverá adotar um ato delegado que defina o método de cálculo. De acordo com o gráfico constante da p. 65 da Parte 2 do *Impact Assessment* (SWD (2020) 348 final), plataformas como o Airbnb, OLX, Reddit ou Skyscanner não estariam abrangidas pela definição.

<sup>44</sup> Art 25º/4: “...A Comissão deve assegurar a publicação da lista das plataformas em linha designadas como sendo de muito grande dimensão no Jornal Oficial da União Europeia e manter essa lista atualizada. As

### 2.6.1. Deveres comuns

Os deveres comuns, aplicáveis a todos os intermediários, incluem a designação de um único ponto de contacto para interação com as autoridades (art. 10<sup>o</sup>) e, no caso dos prestadores que não tenham um estabelecimento na União, a designação de um representante legal, que poderá ser diretamente responsabilizado pela violação do Regulamento (art. 11<sup>o</sup>/3)<sup>45</sup>.

Prevê-se também um dever de comunicação prévia “em linguagem clara e inequívoca e (...) num formato facilmente acessível” de “quaisquer restrições que imponham em relação à utilização do (...) serviço no que diz respeito às informações prestadas pelos destinatários do serviço. Essas informações devem incluir informações sobre quaisquer políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para efeitos de moderação de conteúdos, incluindo a tomada de decisões algorítmicas e a análise humana” (art. 12<sup>o</sup>/1)<sup>46</sup>. O âmbito deste dever não está totalmente claro. Incluirá as restrições técnicas ao uso de *software cloud* (*SaaS*) ou da infraestrutura (servidores)? Será suficiente dizer que os utilizadores (destinatários do serviço) têm que respeitar a lei e que qualquer conteúdo ilícito será retirado ou será necessário especificar em detalhe quais os critérios utilizados e qual a interpretação da lei? Uma vez que este artigo se aplica a todos os intermediários creio fazer sentido uma leitura minimalista deste dever, até porque os aspetos procedimentais do sistema de notificação e ação estão regulados em maior detalhe nos arts. 14<sup>o</sup> e 15<sup>o</sup>.

Por último, os intermediários “devem publicar, pelo menos uma vez por ano, relatórios claros, facilmente compreensíveis e pormenorizados sobre qualquer atividade de moderação de conteúdos em que tenham participado durante o período pertinente” (art. 13<sup>o</sup>/1)<sup>47</sup>. No entanto, as pequenas e micro empresas estão

obrigações previstas na presente secção são, ou deixam de ser, aplicáveis às plataformas em linha de muito grande dimensão em causa quatro meses após essa publicação”.

<sup>45</sup> O objetivo é garantir a aplicação efetiva do DSA. Esta obrigação é equivalente ao mecanismo previsto no RGPD, o qual tem sido visto como pouco eficaz (CHRISTOPHER KUNER, “Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law”, *International Data Privacy Law*, 5 (2015), p. 12). Assinale-se que no DMA não está prevista esta obrigação, o que é compreensível tendo em conta o tamanho das empresas destinatárias dessa regulação.

<sup>46</sup> Esta abordagem alinha-se com o regime do Regulamento P2B (cfr. *infra* 3.1.).

<sup>47</sup> Estas são “as atividades compreendidas por prestadores de serviços intermediários destinadas a detetar, identificar e combater os conteúdos ilegais ou informações incompatíveis com os seus termos e condições, fornecidos pelos destinatários do serviço, incluindo as medidas tomadas que afetam a disponibilidade, visibilidade e acessibilidade desses conteúdos ilegais ou dessas informações, como a despromoção, o bloqueio do acesso ou a remoção dos mesmos, ou a capacidade de os destinatários fornecerem essas informações, como a cessação ou suspensão da conta de um destinatário” (art. 2<sup>o</sup>/p)).

isentas deste dever (art. 13º/2). Em contrapartida, as plataformas estão obrigadas a incluir informação adicional nesses relatórios (art. 23º).

## 2.6.2. Deveres dos fornecedores de serviços de alojamento

A grande novidade relativamente aos fornecedores de serviços de alojamento passa pela regulação do mecanismo de notificação e ação<sup>48</sup>. Este aproxima-se de um procedimento administrativo, com requisitos de fundamentação e transparência.

Prevê-se que os fornecedores de serviços de alojamento devem disponibilizar mecanismos de fácil acesso e utilização para que alguém apresente uma denúncia, inclusive apenas por via digital (art. 14º/1). Estes sistemas devem ser configurados para capturar a informação necessária a que o intermediário possa averiguar a alegada ilicitude do conteúdo, obtendo obrigatoriamente o nome e um endereço de correio eletrónico do cidadão ou entidade que apresenta a denúncia (art. 14º/2). Em face desta exigência e do texto do art. 14º/3 lido *a contrario*, se faltarem alguns elementos à notificação (*v.g.* no caso de uma denúncia anónima) esta não afastará a isenção de responsabilidade. Por outras palavras, só uma denúncia completa, conforme ao art. 14º/2, é que produzirá efeitos, obrigando o intermediário a avaliar o seu mérito.

O visado, isto é, aquele que tenha carregado o conteúdo alegadamente ilícito, terá direito a ser informado “o mais tardar no momento da remoção ou do bloqueio do acesso” e o intermediário está obrigado a “apresentar uma exposição clara e específica dos motivos dessa decisão” de remoção ou bloqueio (art. 15º/1)<sup>49</sup>. Caso a decisão seja no sentido de não atuar, considerando a denúncia infundada, o prestador deve notificar o denunciante “sem demora injustificada, da sua decisão (...) fornecendo informações sobre as possibilidades de recurso relativas a essa decisão”. Apesar de tal não ser especificado, creio que o grau de justificação exigido para a decisão de rejeição de uma denúncia não é o mesmo que se coloca numa decisão de remoção ou bloqueio de acesso.

<sup>48</sup> “notice and action”, designação que substitui a expressão usual “notice and takedown”.

<sup>49</sup> O art. 15º/2 concretiza o conteúdo mínimo da exposição de motivos. Essas decisões, expurgadas de dados pessoais, serão disponibilizadas publicamente numa base de dados gerida pela Comissão Europeia (art. 15º/4).



### 2.6.3. Deveres das plataformas

As plataformas, excluindo aquelas que sejam micro ou pequenas empresas (art. 16º), estão sujeitas a deveres relativos ao tratamento de reclamações e resolução de disputas (arts. 17º e 18º), proteção contra utilização abusiva (art. 20º), notificação às autoridades de suspeita de crimes graves (art. 21º), identificação dos comerciantes que usam a plataforma para prestar serviços ou vender produtos (art. 22º), inclusão de informação adicional na elaboração dos relatórios públicos previsto no art. 13º (art. 23º) e transparência na publicidade (art. 24º).

A maior parte destes deveres constituem uma compressão da autonomia das empresas que exploram plataformas digitais. A justificação para esta intervenção prende-se com a centralidade destas plataformas na vida económica e social, proibindo-se a arbitrariedade. Nesse sentido, deve existir um sistema de tratamento interno de reclamações “de fácil acesso e utilização, e que permita e facilite a apresentação de reclamações suficientemente precisas e adequadamente fundamentadas” (art. 17º/2) contra decisões de remoção ou bloqueio do acesso às informações, decisões de suspensão ou cessação da prestação do serviço, no todo ou em parte, aos destinatários; ou decisões de suspensão ou encerramento da conta dos beneficiários (art. 17º/1). E, caso se conclua que “as informações a que a reclamação se refere não são ilegais nem incompatíveis com os seus termos e condições<sup>50</sup>, ou [existirem] informações que indiquem que o comportamento do autor da reclamação não justifica a suspensão ou a cessação do serviço ou da conta” a plataforma deve revogar a sua decisão “sem demora injustificada” (art. 17º/3). Por outro lado, diz-se que as decisões das reclamações não devem ser tomadas exclusivamente com base em meios automatizados (art. 17º/5), o que implicará um inevitável aumento dos custos de operação de uma plataforma digital.

Além do mecanismo interno de reclamação, o utilizador afetado pode recorrer aos tribunais ou a meios de resolução extrajudicial de litígios, estando previsto um processo de certificação para esse efeito (art. 18º/2). Prevê-se ainda que, caso este seja decidido a seu favor, o utilizador terá direito ao reembolso das taxas e despesas razoáveis que venha a ter com um litígio no organismo de reso-

<sup>50</sup> Termos e condições são definidos (de forma pleonástica) no art. 2º/q) como “todos os termos e condições ou especificações, independentemente da designação ou forma que assumam, que regem a relação contratual entre o prestador de serviços intermediários e os destinatários dos serviços”. Na relação com os utilizadores profissionais valerão as obrigações de transparência previstas no Regulamento P2B (*infra* 3.1.). Não sendo claro, creio que certos *youtubers*, *instagrammers* e de um modo geral *influencers* poderão ser considerados utilizadores profissionais das redes sociais (sobre este tema em geral *vide The Regulation of Social Media Influencer* (eds. CATALINA GOANTA/SOFIA RANCHORDÁS), Edward Elgard, Cheltenham, 2020).

lução extrajudicial de litígios (art. 18º/3)<sup>51</sup>. Em contrapartida, caso a decisão seja desfavorável ao utilizador, este não terá que reembolsar a plataforma. Creio que esta norma terá como limite a boa fé e a proibição de abuso do direito de ação<sup>52</sup>.

Outra novidade do DSA é a criação de um estatuto de “sinalizadores de confiança”, isto é, entidades independentes, representantes de interesses coletivos, com conhecimentos especializados e competências específicas para efeitos de deteção, identificação e notificação de conteúdos ilegais e que sejam reconhecidas como tais pelas entidades regulatórias nacionais (chamadas “coordenadores de serviços digitais”) (art. 19º/2). As plataformas devem dar prioridade às notificações apresentadas por estes sinalizadores (art. 19º/1). Para impedir abusos e a formação de “milícias” (risco especialmente agudo no caso das sociedades de gestão coletiva de direitos de propriedade intelectual), o legislador prevê a hipótese de esse estatuto ser revogado.

Com a mesma preocupação, estabelece-se que as plataformas, após terem emitido um aviso prévio, poderão ignorar (suspender o tratamento de notificações e reclamações), por um período razoável, aqueles que apresentem com frequência notificações ou reclamações manifestamente infundadas (art. 20º/2). Simetricamente também se prevê a possibilidade de, mediante aviso prévio, suspender a prestação dos seus serviços aos destinatários do serviço que forneçam com frequência conteúdos manifestamente ilegais (art. 20º/1). Estas medidas devem ser tomadas após avaliação casuística e ponderando vários fatores (art. 20º/3) os quais devem constar “de forma clara e pormenorizada” dos termos e condições da plataforma (art. 20º/4).

Em Portugal não existe um dever geral de denunciar a suspeita da prática crimes. Não obstante, o legislador nacional estabeleceu na Lei do Comércio Eletrónico um dever muito amplo de informar de imediato as entidades competentes quando os intermediários tiverem conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam (art. 13º/a) do DL 7/2004)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Esta norma não se aplica aos processos judiciais.

<sup>52</sup> Sobre a sua aplicação na arbitragem veja-se PEDRO DE ALBUQUERQUE, “A boa fé e a responsabilidade por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de atos praticados no processo arbitral”, in AAVV, *Arbitragem Comercial – Estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2019, pp.913-932. O art. 20º contem algumas regras contra utilização abusiva dos mecanismos de notificação e ação e de reclamação interna, mas não alude a abusos do mecanismo “grátis” de resolução extrajudicial de litígios.

<sup>53</sup> Aparentemente este regime aplica-se não só a crimes, mas a qualquer atividade ilícita. A dúvida estará em saber se também se aplica a crimes. Apesar de o resultado ser comparável, o art. 13º refere-se a atividades e o art. 19º-A a conteúdos e o art. 13º parece dizer respeito a conhecimento efetivo, por contraposição à suspeita (“possa constituir crime”), prevista no art. 19º-A. Nesse sentido *vide* AAVV, *Lei do Comércio Eletrónico Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 53. Tendo em conta estas diferenças creio que o

Além disso, o art. 19º-A da mesma lei dispõe que os intermediários “informam, de imediato a terem conhecimento, o Ministério Público da deteção de conteúdos disponibilizados por meio dos serviços que prestam sempre que a disponibilização desses conteúdos, ou o acesso aos mesmos, possa constituir crime, nomeadamente crime de pornografia de menores ou crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência”. Nesse sentido, o art. 21º do DSA assume uma perspectiva mais restritiva, limitando o dever a “qualquer informação que levante suspeitas de que ocorreu, está a ocorrer ou é suscetível de ocorrer um crime grave que envolva uma ameaça à vida ou à segurança das pessoas”. A noção de crime grave não é concretizada, mas certamente que incluirá pornografia de menores e excluirá crimes de ofensa à honra ou bom nome<sup>54</sup>. A criminalidade financeira (crimes contra o património) também parece estar excluída.

O artigo 22º institui deveres de rastreabilidade (designados em inglês como *KYBC – know your business customer*). No entanto, como já assinali, este artigo só se aplica a mercados em linha (*marketplaces*) (quando a plataforma “permita aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes”). A obrigação é de recolher, verificar e manter atualizadas certas informações relativamente aos comerciantes que oferecem os seus produtos ou serviços na plataforma. A interface da plataforma deve ser concebida de forma a permitir que alguma dessa informação<sup>55</sup>, de divulgação obrigatória aos consumidores, seja facilmente apresentada.

Por último, exige-se transparência na utilização e apresentação de publicidade (art. 24º), devendo ser possível identificar facilmente que certa informação constitui publicidade, a pessoa a pedido de quem a publicidade é apresentada e informações pertinentes sobre os principais parâmetros utilizados para determinar a exibição daquele anúncio publicitário àquela pessoa.

#### 2.6.4. Deveres das Plataformas em Linha de Muito Grande Dimensão (VLOPs)

As plataformas de muito grande dimensão (doravante *VLOPs*, da abreviatura inglesa *Very Large Online Platforms*), isto é, aquelas com um número médio mensal

art. 19º-A do DL 7/2004 será incompatível com o art. 21º DSA, mas tal já não será o caso em relação ao art. 13º do DL 7/2004.

<sup>54</sup> Ainda que se possa argumentar que todos os crimes são graves, não se poderá ignorar que há uma gradação, que se exprime, quanto mais não seja, na respetiva moldura penal.

<sup>55</sup> Nome, endereço postal, número de telefone e endereço de correio eletrónico, registo comercial em que se encontra inscrito e o respetivo número de registo e uma declaração do comerciante de acordo com a qual este se compromete a oferecer apenas produtos ou serviços que respeitem as regras aplicáveis do direito da União (o DSA fala em “autocertificação”) – art. 22º/6 e /7.

de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões, estão sujeitas a todos os deveres enunciados até agora (arts. 11º e ss.) e a um conjunto adicional de obrigações. Como ficará claro, o cumprimento destas obrigações representa um aumento considerável de custos de operação para qualquer agente económico que seja qualificado como *VLOP*.

Exige-se que as *VLOPs* façam uma avaliação anual de riscos sistémicos, especialmente a divulgação de conteúdos ilegais, efeitos negativos na privacidade, liberdade de expressão e informação, não discriminação, direitos das crianças, saúde pública, discurso cívico, processos eleitorais e segurança pública, tendo especialmente em conta o risco de manipulação intencional do seu serviço (art. 26º). As *VLOPs* estão igualmente obrigadas a tomar medidas para mitigar esses riscos (art. 27º) e, nos termos do art. 28º, serão sujeitas a uma auditoria independente, cujos custos suportarão, com vista a garantir o respeito pelos artigos 17º a 24º e ainda de quaisquer compromissos assumidos ao abrigo de códigos de conduta (arts. 35º e 36º) e protocolos de crise (art. 37º)<sup>56</sup>. Toda esta atividade gerará documentação que deve ser comunicada à Comissão e publicada (art. 33º/2), estando prevista a hipótese de truncar determinada informação confidencial ou potencialmente prejudicial da versão pública (art. 33º/3).

A utilização de sistemas de recomendação, definidos como “um sistema total ou parcialmente automatizado utilizado por uma plataforma em linha para sugerir na sua interface em linha informações específicas aos destinatários do serviço, nomeadamente como resultado de uma pesquisa iniciada pelo destinatário, ou que determine de outra forma a ordem relativa ou a proeminência das informações apresentadas” (art. 2º/o)), fica sujeita a obrigações de transparência e controlo por parte dos utilizadores. Assim, as plataformas terão que revelar nos seus termos e condições, “de forma clara, acessível e facilmente compreensível, os principais parâmetros utilizados (...) bem como quaisquer opções que coloquem à disposição dos destinatários do serviço para que possam alterar ou influenciar esses parâmetros, incluindo pelo menos uma opção que não se baseie na definição de perfis” (art. 29º/1). Havendo opções, as *VLOPs* terão que “disponibilizar uma funcionalidade facilmente acessível na sua interface em linha que permita ao destinatário do serviço selecionar e alterar, em qualquer momento, a sua opção preferida para cada um dos sistemas de recomendação que deter-

<sup>56</sup> As *VLOPs* que recebam um relatório de auditoria que não seja positivo terão um mês para acatar as recomendações operacionais que lhes sejam dirigidas e tomar as medidas necessárias para as aplicar ou justificar, no relatório de execução da auditoria, as razões para não o fazer e indicar quaisquer medidas alternativas que tenham tomado para resolver os eventuais casos de incumprimento identificados (art. 28º/4). ANDREJ SAVIN, *op. cit.*, p. 11 critica a existência de medidas alternativas. No entanto, parece-me que se estas não existissem haveria uma compressão inaceitável à autonomia privada das empresas.

mina a ordem relativa das informações que lhe são apresentadas” (art. 29º/2). Na mesma linha há uma obrigação de as VLOPs exporem, através de APIs<sup>57</sup>, um repositório com informações acerca da publicidade exibida aos utilizadores dos seus serviços (art. 30º)<sup>58</sup>.

Prevê-se também uma obrigação de cooperação, que passa por fornecer ao coordenador dos serviços digitais de estabelecimento ou à Comissão, mediante pedido fundamentado e num prazo razoável, especificado no pedido, acesso aos dados necessários para controlar e avaliar o cumprimento do DSA (art. 31º/1)<sup>59</sup>. Prevê-se a possibilidade de as VLOPs se recusarem a prestar determinadas informações invocando falta de acesso aos dados ou que a concessão de acesso aos dados resultaria em vulnerabilidades significativas para a segurança do seu serviço ou para a proteção de informações confidenciais, em particular segredos comerciais<sup>60</sup>.

Há igualmente a obrigação de nomear um ou mais responsáveis pela conformidade (*compliance officer*), que tanto podem ser trabalhadores como prestadores de serviços, com vista a controlar, de forma independente, o cumprimento do DSA e gerir as interações das VLOPs com o regulador (art. 32º)<sup>61</sup>.

Como se este volume burocrático não bastasse, o DSA dedica ainda quatro artigos à elaboração de normas sectoriais facultativas (art. 34º), códigos de conduta gerais (art. 35º), códigos de condutas para a publicidade *online* (art. 36º) e protocolos de crise (art. 37º)<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> As *application programming interfaces* (APIs, em português “interfaces de programação de aplicações”) são abstrações informáticas, que permitem aos programadores interagir com outros programas, dados ou funcionalidades, sem ter que dominar todos os detalhes de funcionamento desses programas ou funcionalidades. O artigo não especifica se essa API será pública (podendo ser acedida por qualquer um) ou privada. Creio que esta não deverá ser de acesso geral e irrestrito.

<sup>58</sup> Este artigo parece algo desequilibrado. Por um lado, diz o n.º 1 que as VLOPs “devem assegurar que o repositório não contenha quaisquer dados pessoais dos destinatários do serviço a quem o anúncio publicitário tenha ou possa ter sido exibido”, o que faz sentido, garantindo a privacidade dos destinatários da publicidade. Por outro lado, faz tábua rasa da privacidade daqueles que encomendam a publicidade devendo revelar-se o seu nome, incluindo no caso de se tratarem de pessoas singulares.

<sup>59</sup> O que levanta a *vaexata quaestio* da aplicação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* em matéria contraordenacional. Sobre o tema veja-se AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009.

<sup>60</sup> É de antecipar que as VLOPs adotem políticas de retenção de dados com prazos muito curtos. Apagando os dados ao fim de pouco tempo não terá obrigação de os facultar.

<sup>61</sup> O modelo aproxima-se do DPO, previsto nos arts. 37º a 39º do RGPD. Poder-se-á questionar se uma pessoa pode ser simultaneamente DPO e responsável pela conformidade ao abrigo do DSA. Até agora muitas empresas têm conjugado as funções de *compliance officer* e DPO.

<sup>62</sup> MATTHIAS LEISTNER, *op. cit.*, fala num quadro regulatório “bizantino”.

## 2.7. Fiscalização e sanções

O sistema de fiscalização de cumprimento do Regulamento (em bom rigor, apenas quanto aos capítulos III e IV<sup>63</sup>) está repartido em dois níveis. Para a generalidade dos intermediários haverá uma autoridade competente em cada Estado-Membro que atuará como “coordenador dos serviços digitais”<sup>64</sup>. O critério para determinar qual a autoridade competente é o local do estabelecimento principal do intermediário ou em que o seu representante legal reside ou está estabelecido (art. 40<sup>o</sup>)<sup>65</sup>. O DSA prevê a atribuição de vastos poderes de investigação, intervenção e sanção aos coordenadores de serviços digitais (arts. 41<sup>o</sup> e 42<sup>o</sup>), sendo que qualquer utilizador se poderá dirigir ao coordenador de serviços digitais do seu Estado de estabelecimento para apresentar uma reclamação e, caso este não seja competente, deverá reencaminhar a reclamação (art. 43<sup>o</sup>). As coimas aplicadas poderão ascender a 6 % do rendimento ou do volume de negócios anual do prestador de serviços intermediários em causa (art. 42<sup>o</sup>/3).

Estas autoridades nacionais estão obrigadas a prestar contas (art. 44<sup>o</sup>), apresentando um relatório anual das suas atividades à Comissão e ao Comité Europeu dos Serviços Digitais, um grupo consultivo independente de coordenadores dos serviços digitais para a supervisão dos prestadores de serviços intermediários (art. 47<sup>o</sup>) composto pelos coordenadores dos serviços digitais, que são representados por funcionários de alto nível (48<sup>o</sup>/1). Este Comité servirá como órgão de coordenação da atuação dos reguladores nesta matéria, deliberando por maioria simples (arts. 47<sup>o</sup> a 49<sup>o</sup>).

Tendo em conta o poder das *VLOPs*, o DSA prevê uma supervisão reforçada e centralizada em que a Comissão Europeia assume o papel preponderante (arts. 50<sup>o</sup> e ss.)<sup>66</sup>. A Comissão tem amplos poderes de investigação, incluindo pedidos de informação (art. 52<sup>o</sup>), entrevistas (art. 53<sup>o</sup>) e inspeções ao local (art. 54<sup>o</sup>); pode adotar medidas provisórias (art. 55<sup>o</sup>) e compromissos vinculativos (art. 56<sup>o</sup>). Está igualmente prevista a cooperação com os tribunais nacionais (art. 65<sup>o</sup>).

<sup>63</sup> O que se compreende visto que o capítulo I diz respeito a disposições gerais e o capítulo II à isenção de responsabilidade de intermediários.

<sup>64</sup> Os requisitos para a nomeação estão no art. 39<sup>o</sup>. Em Portugal antecipa-se que possa vir a ser designada a ANACOM.

<sup>65</sup> O que naturalmente poderá levar a *forum shopping*. Não ostante, está prevista cooperação transfronteiriça (art. 45<sup>o</sup>), a possibilidade de investigações conjuntas e de pedidos de intervenção da Comissão (art. 46<sup>o</sup>) e o estabelecimento de um sistema de partilha de informações (art. 67<sup>o</sup>).

<sup>66</sup> Nesta parte, a estrutura do DSA assemelha-se muito aos poderes da Comissão em sede de Direito da Concorrência.

Verificado um incumprimento do DSA por parte de uma *VLOP* a Comissão tomará uma decisão de não conformidade (com base na violação do Regulamento, de decisões da Comissão ou de medidas voluntárias). Esta decisão, que será publicada (art. 64<sup>o</sup>), poderá ser acompanhada de coimas até 6 % do volume de negócios total no exercício anterior (art. 59<sup>o</sup>) e de sanções pecuniárias compulsórias (art. 60<sup>o</sup>).

O DSA estabelece ainda prazos prescricionais (arts. 61<sup>o</sup> e 62<sup>o</sup>) e garantias processuais (art. 63<sup>o</sup>), devendo a Comissão Europeia concretizá-las em ato de execução (art. 66<sup>o</sup>).

O DSA não especifica se a violação de alguns dos deveres das plataformas poderá dar origem a obrigação de indemnizar<sup>67</sup>. Creio que, com base na dogmática das normas de proteção, a resposta será tendencialmente negativa visto que a maior parte destes deveres não se configurarão como normas de proteção dos eventuais lesados<sup>68</sup>.

### 3. Outros instrumentos recentes de regulação de plataformas

Como resultado da estrutura do mercado da Internet, em especial dos efeitos de rede (quanto mais utilizadores, mais atrativa é uma plataforma), os intermediários rapidamente ganham preponderância, tornando-se pontos de estrangulamento na “autoestrada da informação” e alterando as relações económicas e sociais. Em 2021, há milhões de produtores de vídeo para a Internet, há milhões de consumidores de vídeo na Internet, mas só há um punhado de plataformas que disponibilizam estes vídeos. Esta estrutura presta-se a abusos por parte dessas plataformas na relação com trabalhadores<sup>69</sup>, utilizadores profissionais (pense-se no comerciante que usa um “marketplace” como Booking.com, Ebay ou Amazon no prestador de serviços que usa uma *app* como Fiverr, Uber ou Glovo ou mesmo em certos *youtubers*) e consumidores. Por isso, faz sentido que o legislador concentre os seus esforços na regulação de plataformas<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> MATTHIAS LEISTNER, *op. cit.* coloca a questão. ANDREJ SAVIN, *op. cit.*, p. 5 parece afastar essa hipótese.

<sup>68</sup> Sobre o tema veja-se, por todos, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009. Ressalvam-se algumas normas do DSA que visam a proteção de consumidores, tal como o art. 22<sup>o</sup>.

<sup>69</sup> Espera-se que a Comissão apresente em breve uma proposta sobre as condições dos trabalhadores de plataformas digitais, tendo sido aberta uma consulta aos parceiros sociais (tal como previsto no art. 154<sup>o</sup>/2 TFUE) em Fevereiro de 2021.

<sup>70</sup> Já assim em 2003, JONATHAN ZITTRAIN, “Internet Points of Control”, *Boston College Law Review*, 44 (2003), pp. 653 e ss. referindo-se então aos fornecedores de serviços de internet (*ISPs*).

No entanto, o Direito da Concorrência (*antitrust*) revela-se insuficiente para lidar com as necessidades de regulação que esta realidade apresenta<sup>71</sup>. Isto é assim porque o Direito da Concorrência é sobretudo reativo (actua *ex post*). As regras propostas visam atuar preventivamente (*ex ante*).

### 3.1. P2B

Em Junho de 2019 foi adotado o Regulamento (UE) 2019/1150, de 20 de Junho de 2019 relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha (“P2B”). Tende a sublinhar-se que o Regulamento está mais focado na transparência do que na equidade (“fairness” na versão inglesa)<sup>72</sup>.

O grande objetivo é proteger os utilizadores profissionais, como parte mais fraca, na sua relação com certas plataformas digitais, garantindo-lhes previsibilidade e meios de reação<sup>73</sup>. O Regulamento não impede nem prejudica a aplicação de regras nacionais com objetivos semelhantes (art. 1º/4).

O Regulamento P2B aplica-se ao “serviços de intermediação em linha”, um tipo de serviços da sociedade da informação que “permitam aos utilizadores profissionais propor bens ou serviços aos consumidores, com vista a facilitar o início de transações diretas entre os referidos utilizadores profissionais e os consumidores, independentemente do local em que tais transações são efetivamente concluídas e sejam fornecidos a utilizadores profissionais com base em relações contratuais entre o prestador desses serviços e os utilizadores profissionais que propõem bens ou serviços aos consumidores” (art. 2º/2) e aos “motores de pesquisa em linha”, definidos como “um serviço digital que permite aos utilizadores fazer pesquisas para consultar, em princípio, todos os sítios na Internet, ou sítios Internet numa determinada língua, com base numa pesquisa sobre qualquer assunto, sob a forma de uma palavra-chave, comando de voz, frase ou outros dados, e que fornece resultados em qualquer formato nos quais pode ser encontrada informação relacionada com o tipo de conteúdo solicitado” (art. 2º/5). Os serviços de pagamentos e as ferramentas de publicidade estão excluídos (art. 1º/3).

Tal como no DSA, o Regulamento P2B aplica-se a serviços de intermediação em linha e a motores de pesquisa em linha, independentemente do local de

<sup>71</sup> INGE GRAEF, “Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence”, *Yearbook of European Law*, Vol. 38 (2019), pp. 448-499.

<sup>72</sup> INGE GRAEF, *op. cit.*, p. 494. Em sentido contrário cfr. CHRISTOPH BUSCH, *op. cit.*, p. 134.

<sup>73</sup> Sobre o fenómeno da chamada *gig economy* veja-se JEREMIAS PRASSL, *Humans as a Service*, Oxford University Press, Oxford, 2018.



estabelecimento ou de residência dos respetivos prestadores desses serviços e independentemente do direito aplicável. O que interessa é que local de estabelecimento ou de residência dos utilizadores profissionais que queiram invocar o regulamento se encontre na União (art. 1º/2).

O Regulamento estabelece um conjunto de exigências quanto à elaboração e alteração de cláusulas contratuais gerais, isto é, as regras ao abrigo das quais o utilizador profissional se relaciona com estas plataformas (arts. 3º e 8º a 10º). Prevêem-se também garantias e meios de reação, incluindo um procedimento interno de tratamento de reclamações (art. 11º) e mediação (art. 12º), a decisões de restrição, suspensão e cessação de acesso de um utilizador profissional à plataforma (art. 4º). A prática de classificação e destaque de determinados prestadores ou produtos (pense-se na etiqueta “Amazon’s choice” ou na classificação de um motorista numa aplicação de transporte de passageiros como a Bolt) está igualmente regulada (art. 5º), impondo-se indicação dos parâmetros utilizados (incluindo, se for o caso, a possibilidade de influenciar a classificação através de remuneração direta ou indireta). Deve também especificar-se os critérios utilizados para qualquer tratamento diferenciado (art. 7º)<sup>74</sup>.

Em geral o Regulamento não proíbe condutas, apenas obriga as plataformas a serem claras e transparentes quanto à sua existência e aos critérios adotados. Apesar de ser útil, o Regulamento não prevê sequer um quadro sancionatório, limitando-se a estabelecer a nulidade das cláusulas gerais que não respeitem as exigências de clareza e transparência (art. 3º/3) e um direito limitado de certas organizações ou associações representativas e organismos públicos recorrerem aos tribunais “a finalidade de fazer cessar ou proibir qualquer tipo de incumprimento” do Regulamento (art. 14º). É claro que os utilizadores profissionais terão direito a ser indemnizados pelos danos causados por estas plataformas em violação do Regulamento<sup>75</sup>. Nalguns casos poderão mesmo ter direito à indemnização de clientela prevista no art. 33º Lei do Contrato de Agência (Decreto-Lei 178/86, de 3 de julho)<sup>76</sup>. No entanto, este regulamento é considerado uma resposta insuficiente aos desafios que estas plataformas digitais colocam.

<sup>74</sup> Tem sido apontada a prática de algumas plataformas promoverem os seus próprios produtos (cfr. a notícia do *Wall Street Journal*, “Amazon Changed Search Algorithm in Ways That Boost Its Own Products”, in: <https://www.wsj.com/articles/amazon-changed-search-algorithm-in-ways-that-boost-its-own-products-11568645345>).

<sup>75</sup> MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *op. cit.*, p. 596.

<sup>76</sup> Ainda que seja difícil estabelecer os respetivos pressupostos. Sobre o tema veja-se, entre outros, FERNANDO FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição: Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 152 e ss.; LUIS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no*

### 3.2. *Digital Markets Act*

O *Digital Markets Act* (DMA) apresenta-se como um direito da concorrência especial, cuja preocupação central é assegurar um controlo das grandes plataformas<sup>77</sup>. Na verdade, tem sido apontado que, em virtude de efeitos de rede e economias de escala, existe um punhado de plataformas, com um vasto poder e que atuam frequentemente de forma desleal e abusiva, prejudicando utilizadores profissionais e consumidores<sup>78</sup>. Esta circunstância precipitou algumas intervenções nacionais, entre as quais avulta a décima alteração à lei de concorrência alemã (*GWB-Digitalisierungsgesetz*) em Janeiro de 2021, introduzindo o §19a, que admite intervenções preventivas em casos de potencial abuso de posição dominante<sup>79</sup>.

O DMA incide sobre os “controladores de acesso” (“gatekeepers”). Para que uma empresa seja considerada “controlador de acesso” deverá ser um prestador de “serviços essenciais de plataforma” designado nos termos do artigo 3º. São “serviços essenciais de plataforma”: a intermediação, motores de pesquisa, redes sociais em linha, plataformas de partilha de vídeos, comunicações inter-pessoais independentes do número, sistemas operativos, computação em nuvem e publicidade (art. 2º/2)<sup>80</sup>. A designação como “controlador de acesso” será feita pela Comissão e pressupõe que o prestador de serviços essenciais de plataforma tenha um impacto significativo no mercado interno, explore um serviço essencial de plataforma “que serve de porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais” e ocupe “uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou [seja] previsível que venha a ocupar tal posição num futuro próximo” (art. 3º/1). Para ajudar a aplicar estes critérios o art. 3º/2 estabelece presunções baseadas no volume de negócios, capitalização bolsista, avaliação (“fair market value”), número de utilizadores finais ativos e número de utilizadores profissionais.

*contrato de agência*, Almedina, Coimbra, 2006 e CAROLINA CUNHA, *A indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Ed., Coimbra, 2003.

<sup>77</sup> MATTHIAS LEISTNER, *op.cit.*: “The proposed DMA is no less than Europe’s attempt to regulate Big Tech”. Apesar disso, a base legislativa foi o art. 114º do TFUE e não o art. 103º (relativo à concorrência). Em sentido contrário, rejeitando a natureza concorrencial do DMA *vide* RUPPRECHT PODSZUN/PHILIPP BONGARTZ/SARAH LANGENSTEIN, “Proposals on How to Improve the Digital Markets Act”, in: <https://ssrn.com/abstract=3788571>.

<sup>78</sup> Veja-se considerandos 2 a 4 do DMA.

<sup>79</sup> Nos considerandos 6 a 9, o legislador europeu parece indiciar que essas intervenções são incompatíveis com o DMA. De facto, à luz do art. 1º/5 e /7 não é claro se a norma alemã sobreviverá ao DMA.

<sup>80</sup> Estas noções são concretizadas no art. 2º, em grande medida por remissão para outros instrumentos do acervo europeu.

A partir do momento em que uma empresa é classificada como controladora de acesso fica sujeita a determinadas obrigações e proibições concretizadas nos artigos 5º e 6º. Entre elas incluem-se preocupações de interoperabilidade, tais como permitir a instalação de utilização efetiva de aplicações de terceiros (art. 6º/1/b)) e a desinstalação de quaisquer aplicações informáticas pré-instaladas (art. 6º/1/c), a proibição de vendas coligadas (art. 5ºf)), de imposição de exclusividade (art. 5º/c)) ou de preferência ou destaque dos próprios produtos ou serviços (art. 6º/1/d))<sup>81</sup>. O DMA admite que a Comissão isente o controlador de acesso de algumas dessas obrigações (incluindo para garantir viabilidade económica das suas operações na União) (arts. 8º e 9º)<sup>82</sup> e está prevista a possibilidade de atualização destas obrigações (arts. 10º, 14º, 17º, 34º)<sup>83</sup>. Além disso, sublinha-se que os controladores de acesso devem dar cumprimento efetivo às suas obrigações, não podendo prejudicar os utilizadores que invoquem os direitos previstos no Regulamento (art. 11º/3).

Outra preocupação no mercado das plataformas digitais passa pelo controlo de concentrações<sup>84</sup>. Este é mencionado no art. 12º, que alarga o dever de informar a Comissão de qualquer operação, independentemente do volume ou de quota de mercado, que envolva um controlador de acesso e outro prestador de serviços essenciais de plataforma.

Quanto à fiscalização e sanções, o DMA não difere muito do DSA. Prevê-se a hipótese de a Comissão iniciar uma investigação de mercado (art. 14º e ss.), por iniciativa própria ou a pedido de três ou mais Estados-Membros (art. 33º). A Comissão tem amplos poderes de investigação (arts. 18º e ss.) e poderá adotar medidas provisórias (art. 22º), compromissos vinculativos (art. 23º) e decisões de incumprimento (art. 25º), aplicar coimas até 10% do volume de negócios anual (art. 26º) e sanções pecuniárias compulsórias (art. 27º). Prevê-se igualmente a possibilidade de adotar “medidas corretivas comportamentais ou estruturais que se afigurem proporcionadas para a infração cometida e necessárias para assegurar o cumprimento do presente regulamento” (art. 16º).

<sup>81</sup> Algumas destas hipóteses parecem inspiradas nos processos em curso T-612/17, *Google e Alphabet c. Comissão* (Google shopping) e T-604/18, *Google e Alphabet c. Comissão* (Android). RUPPRECHT PODSZUN/PHILIPP BONGARTZ/SARAH LANGENSTEIN, *op. cit.*, referem-se aos arts. 5º e 6º como um “case-induced mangle-mangle without any structure or guiding principles” e sugerem uma abordagem baseada em três princípios: mercados contestáveis, justiça (“fairness”) na intermediação e independência dos utilizadores na decisão. Sobre os referidos casos veja-se CÉLINE CASTETS-RENARD, *op. cit.*, pp. 121 e ss.

<sup>82</sup> MATTHIAS LEISTNER, *op. cit.*, aponta o carácter muito indeterminado da maior parte das obrigações e causas de isenção.

<sup>83</sup> RUPPRECHT PODSZUN/PHILIPP BONGARTZ/SARAH LANGENSTEIN, *op. cit.*, criticam a falta de agilidade deste processo.

<sup>84</sup> Cfr. MARK A. LEMLEY/ANDREW MCCREARY, “Exit Strategy”, in: <https://ssrn.com/abstract=3506919>.

Prevêem-se prazos de prescrição (arts. 28º e 29º) e garantias processuais (arts. 30º e 31º). O DMA confere ainda vastos poderes de regulamentação e execução à Comissão Europeia. O que não está claro é se há ou não lugar a *private enforcement* destas regras e se o quadro da Diretiva 2014/104/UE poderá ser invocado neste contexto.

#### 4. Conclusão

Achar que o *online* e *offline* são comparáveis é como achar que um carro e um cavalo obedecem aos mesmos princípios apenas porque são usados como meios de transporte. Existe uma evidente necessidade de adaptar as regras existentes. Nos últimos dois anos a União Europeia produziu um vasto oceano de legislação que precisa de ser estudado e sistematizado. Esta pulsão regulatória é bem explicada por MARK LEMLEY<sup>85</sup>: o impacto das plataformas digitais na nossa vida é tão intenso e abrangente que se assemelha ao do Estado. Por isso, em vez pensarmos em termos concorrenciais (procurar alternativas), tendemos a pensar em termos legislativos e regulatórios. Alguma dessa legislação poderá ser demasiado complexa, onerosa e/ou interventiva. Essa abordagem não é isenta de riscos. A complexidade implica aumento de custos, barreiras para novas empresas que pretendam entrar nesse mercado. O efeito pode ser paradoxal: ao querer regular intensamente as empresas dominantes acabaremos por proteger a sua posição.

Por outro lado, quanto mais severos formos em relação a certos deveres e responsabilidades, maior o perigo de empobrecimento do discurso, da diversidade cultural e em última análise da democracia. Uma plataforma preferirá sempre retirar conteúdos a gastar tempo a analisar a sua (porventura discutível) licitude<sup>86</sup>.

Sem escamotear as necessidades de regulação efetiva de plataformas creio que talvez não seja boa ideia começar a treinar para uma maratona correndo trinta quilómetros no primeiro dia. Em qualquer caso, ainda se gastará muita tinta antes da aprovação do DSA e do DMA e é previsível que a sua forma final difira das propostas analisadas neste texto.

<sup>85</sup> *Op. cit.*, p. 36.

<sup>86</sup> LILIAN EDWARDS, *op. cit.*, p. 274 cita vários estudos empíricos que o demonstram, tal como um em que intermediários procediam à retirada imediata de textos clássicos do século XIX, evidentemente no domínio público, em resposta a uma simples notificação de violação de Direito de Autor.