

A regulação da economia colaborativa pela União Europeia

The regulation of collaborative economy by the European Union

Nuno Cunha Rodrigues*

Sumário: O artigo procede à distinção entre economia de partilha e economia colaborativa centrando-se no enquadramento jurídico de plataformas colaborativas (como a *Uber* ou a *Airbnb*) à luz do Direito da União Europeia. A este propósito, é analisada jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a posição da Comissão Europeia, concluindo-se pela falta de harmonização do regime jurídico aplicável a algumas plataformas colaborativas na União Europeia, encontrando-se essa tarefa atualmente cometida aos Estados-Membros que têm seguido caminhos diversos no que se refere à regulação específica.

Palavras-chave: Economia colaborativa / Economia de partilha / União Europeia / Regulação / Direito da Concorrência / Plataformas electrónicas / *Uber* / *Airbnb*

Abstract: The paper distinguishes between sharing economy and collaborative economy focusing on the legal framework of collaborative platforms (such as *Uber* or *Airbnb*) according to EU law. Case law from the Court of Justice of the European Union and the position of the European Commission are analyzed in this regard, and it is concluded that there is no harmonization in the European Union of the legal regime applicable to certain collaborative platforms. As so, the specific regulation of collaborative platforms has followed different paths within the member states.

* Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu. Titular de uma Cátedra Jean Monnet.

O presente texto corresponde ao desenvolvimento da intervenção efectuada no II Encontro de Professores de Direito da União Europeia realizado no Auditório Nobre da Escola de Direito da Universidade do Minho em 7 de dezembro de 2018.

Todos os locais da internet citados ao longo do artigo foram consultados em janeiro de 2019.



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Key Words: Collaborative Economy / Sharing Economy / European Union / Regulation / Competition Law / Electronic Platforms / *Uber* / *Airbnb*

Índice: 1. Precisão terminológica; 2. A actividade exercida por plataformas colaborativas; a. A posição da Comissão Europeia; b. A jurisprudência do TJUE; 3. A regulação de plataformas colaborativas na União Europeia; 4. A aplicação do Direito da Concorrência às plataformas colaborativas; 5. Conclusões.

1. Precisão terminológica:

Uma das novidades trazidas pela economia do século XXI consistiu no surgimento de plataformas electrónicas acessíveis através de qualquer computador ou de um simples telemóvel que possibilitam a utilização, de forma partilhada, de bens ou serviços.

Estas plataformas tiveram um efeito disruptivo sobre vários sectores de actividade económica permitindo, em muitos casos, dividir o custo de utilização de um bem tornando-o mais acessível aos consumidores.

Na economia de partilha, tipicamente, estaria em causa um modelo de negócio ponto a ponto (*peer to peer* – P2P), por meio do qual qualquer pessoa pode transaccionar ou partilhar bens ou serviços directamente com outra, sem intermediário.¹

Acontece que grande parte das plataformas electrónicas existentes actua como intermediário profissional na oferta e procura de bens ou serviços entre duas pessoas distintas, não podendo falar-se, neste caso, de um modelo de negócio ponto a ponto.² Diferentemente, trata-se de um modelo que envolve três entidades distintas: o vendedor ou prestador do serviço, o intermediário e o adquirente do bem ou do serviço. Muitos assinalam, por isso, que as plataformas electrónicas não atuam de forma

¹ Distinguindo vendedores profissionais de vendedores ocasionais (*peers*), cfr: LIRAN EINAV / CHIARA FARRONATO / JONATHAN LEVIN, *Peer-to-Peer Markets*, in *Annual Review of Economics*, vol. 8, issue 1, 2016, pp. 615-635, disponível em <https://web.stanford.edu/~leinav/pubs/AR2016.pdf>, p. 622. A este propósito v. ainda ZOE CULLEN / CHIARA FARRONATO, *Outsourcing Tasks Online: Matching Supply and Demand on Peer-to-Peer Internet Platforms*, working paper disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/b50f/b4df2c1463973c6e3b738bf90db7b5f8cccf.pdf>.

² Neste sentido v. GIANA M. ECKHARDT / FLEURA BARDHI, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, 2015, disponível em <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>. Como bem observam MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO in *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, disponível em <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/02/Colangelo.pdf>, p. 177, “*sharing is not an accurate description of the services that run on digital platforms like Uber*”.

passiva mas replicam um modelo de negócio *business to consumer* (B2C) mediante o qual procuram agregar a oferta e a procura em determinados mercados (funcionando a plataforma como *market-maker* em mercados bilaterais ou multilaterais³). Este modelo encontra-se presente em plataformas como a *Uber* (no sector dos transportes urbanos) ou a *Airbnb* (alojamento local).

A diferença entre modelos de negócio P2P e B2C tem motivado alguma confusão terminológica. Alguns referem-se ao primeiro (P2P) como *economia colaborativa* enquanto o segundo (B2C) é designado como *economia de partilha*.⁴ Outros qualificam este último também como *economia colaborativa*.

A definição de *economia colaborativa* não é, portanto, consensual.⁵

Pode, no entanto, dizer-se que existe uma gradual convergência entre as instituições da União Europeia em torno do conceito de *economia colaborativa*, associado a diversas plataformas electrónicas.⁶

³ Procedendo à análise económica e ao impacto na concorrência de plataformas bilaterais (*two-sided platforms*) ou multilaterais (*multi-sided platforms*), v. JEAN TIROLE / JEAN-CHARLES ROCHET, *Platform competition in two-sided markets*, in Journal of the European Economic Association, June 2003, 1(4), pp. 990–1029, disponível em <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>; DAVID S. EVANS / RICHARD SCHMALENSEE, *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*, Working Paper 18783, 2012, disponível em <http://www.nber.org/papers/w18783>; CYRIL RITTER, *Antitrust in two-sided markets: looking at the U.S. Supreme Court's Amex case from an EU perspective*, in Journal of European Competition Law in Practice, 2018, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/advance-article/doi/10.1093/jeclap/lpy077/5281284> e DIRK AUER / NICOLAS PETIT, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy* (January 20, 2015), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2552337>.

⁴ Assim, cfr. CHRISTOPH BUSCH, *The sharing economy at the CJEU: does Airbnb pass the “Uber test”?*, in EuCML, issue 4/2018, pp. 172-174; ROBERTA A. KAPLAN, *Regulation and the Sharing Economy*, in NYLJ, volume 252 – issue 12; CHRISTOPHER KOOPMAN *et alli*, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change* (May 15, 2015), in The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law, Vol. 8 Iss 2, 2015, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2535345> e ALESSIO DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in The Italian Law Journal, vol. 02, number 01, pp. 177-190 (em especial p. 185).

⁵ Discutindo a existência de um conceito-chapéu de economia de partilha ou de economia colaborativa, v. DANIELA SELLONI, *Codesign for public-interest services*, Springer, 2017, pp. 15-26 (*máxime* pp. 15-20).

⁶ Assim, v. a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma agenda europeia para a economia colaborativa*, Bruxelas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final e a Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de junho de 2017, sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa (2017/2003(INI)).

O peso da economia colaborativa na União Europeia é equivalente a €26.5 mil milhões de euros (cerca de 0.17% do PIB na EU em 2016) e emprega cerca de 394.000 pessoas. Estes dados podem ser obtidos em http://ec.europa.eu/growth/content/collaborative-economy-studies_enployment.

Utilizaremos, por isso, as expressões *economia colaborativa* e *plataformas colaborativas* para exprimir o modelo de negócio B2C segundo o qual uma terceira entidade é responsável por assegurar a intermediação entre a oferta e a procura num determinado mercado relevante.

O conceito de economia colaborativa (B2C) afigura-se mais rigoroso, uma vez que, como veremos, as plataformas colaborativas exercem, na maior parte dos casos, uma actividade económica que não se confunde, em rigor, com a partilha directa, entre duas entidades (P2P), de qualquer bem ou serviço.

2. A actividade exercida por plataformas colaborativas:

a) A posição da Comissão Europeia:

A apreciação das consequências provocadas pela emergência de plataformas colaborativas gerou alguma controvérsia dado que se torna necessário proceder à arrumação destas no quadro jurídico vigente. Importa, desde logo, saber se as plataformas são prestadoras de serviços *stricto sensu* – sujeitas à Directiva-serviços⁷ – ou prestadoras de serviços da sociedade de informação – estando em causa, neste cenário, a Directiva-comércio electrónico.⁸

As consequências da subsunção de plataformas colaborativas a uma ou a outra Directiva não são negligenciáveis.

A aplicação da primeira – a Directiva-comércio electrónico – determina que, de forma consequente, deva ser respeitada a chamada “cláusula do mercado interno”, prevista no artigo 3.º, n.º 2 da Directiva, que impede os Estados-Membros de restringir a livre circulação dos serviços da sociedade da informação provenientes de outro Estado-Membro.⁹

⁷ Directiva n.º 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (“Directiva-serviços”).

⁸ Directiva n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação (“Directiva-comércio electrónico”).

⁹ O que significa que uma plataforma colaborativa que se considere prestar “serviços da sociedade de informação” se encontra abrangida por esta Directiva e poderá atuar em todo o espaço da União Europeia.

De forma diversa, a regulação da Directiva-serviços a plataformas que não estejam abrangidas pela Directiva-comércio electrónico pressupõe uma análise subsequente e específica dos serviços prestados através da plataforma, pois, em alguns casos, podem estar excluídos do âmbito subjectivo de aplicação da Directiva-serviços porquanto esta não é aplicável a sectores como os transportes, serviços financeiros, trabalho temporário e serviços de saúde.¹⁰

Trata-se de problema analisado, no passado, pela Comissão Europeia, na Comunicação emitida em 2016 designada por “*Uma agenda europeia para a economia colaborativa*”.¹¹

Nesse documento, a Comissão considerou que a equiparação de uma plataforma colaborativa a uma entidade prestadora do serviço considerava a averiguação prévia do nível de controlo ou de influência exercido por aquela sobre a pessoa que, a final, realizava o serviço:

Para tal, seria necessário averiguar o cumprimento das seguintes condições:

- a) *Preço*. Neste caso, devia ser a plataforma a fixar o preço final a pagar pelo utilizador, enquanto beneficiário do serviço subjacente.
- b) *Propriedade dos principais ativos*. A plataforma colaborativa seria proprietária dos principais ativos utilizados para fornecer o serviço subjacente.
- c) *Outras condições contratuais essenciais*. Assim, competiria à plataforma estabelecer os termos e as condições, para além do preço, que determinam a relação contratual entre o prestador do serviço subjacente e o utilizador;

Para a Comissão Europeia, o preenchimento de forma cumulativa destas três condições, determinaria a qualificação da plataforma colaborativa como prestadora do serviço subjacente, nomeadamente tendo em vista a aplicação da Directiva-serviços.

Se não, a plataforma seria qualificada como *prestadora de serviços da sociedade de informação* estando, por isso, subordinada à Directiva-comércio electrónico.

¹⁰ Cfr. artigo 2.º, n.º 2 da Directiva-serviços.

¹¹ A comunicação pretendeu igualmente dar uma orientação não vinculativa sobre o modo como a legislação da UE se aplica a modelos empresariais de economia colaborativa tendo examinado cinco questões essenciais referentes aos (1) requisitos de acesso ao mercado, (2) regime de responsabilidade, (3) proteção dos utilizadores, (4) trabalhadores por conta própria e trabalhadores na economia colaborativa e (5) fiscalidade.

b) A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE):

A qualificação das plataformas colaborativas foi recentemente apreciada pelo TJUE.

Na decisão *Elite Taxi / Uber*¹² colocava-se o problema de saber se a plataforma colaborativa *Uber* estava sujeita à Directiva-comércio electrónico ou, de forma diversa, à Directiva-serviços.¹³

Neste caso, o TJUE começou por considerar que a *Uber* podia, em abstracto, ser considerada como *intermediária* e, nesse caso, ser qualificada como prestando um «serviço da sociedade da informação».¹⁴ Por outro lado, um serviço de transporte urbano não coletivo, como um serviço de táxi, deveria ser qualificado como «serviço no domínio dos transportes».¹⁵

Porém o TJUE observou que um serviço como a *Uber* não se limita à intermediação medida em que “*cria, ao mesmo tempo, uma oferta de serviços de transporte urbano, que torna acessível designadamente através de ferramentas informáticas, tais como a aplicação (...) cujo funcionamento geral organiza a favor das pessoas que pretendam recorrer a essa oferta para efeitos de deslocação urbana.*”

¹² Cfr. acórdão *Elite Taxi / Uber*, proc. C-434/15, de 20 de dezembro de 2017, ECLI:EU:C:2017:981. Há duas outras decisões do TJUE relativas à *Uber*.

A primeira relacionada com a *Uber* França – proc. C-320/16, de 10 de abril de 2018, ECLI:C:2018:221 – na qual se colocava a questão de saber se determinadas disposições do direito nacional, aplicáveis aos serviços como o proposto pela *Uber*, deveriam ter sido notificadas enquanto regras relativas aos serviços na aceção das disposições do direito da União sobre a notificação técnica.

Um segundo pedido de decisão prejudicial relativo a esta problemática foi julgado inadmissível por despacho de 27 de outubro de 2016, *Uber Belgium*, proc. C-526/15, não publicado, EU:C:2016:830.

¹³ Como afirmou o Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR nas conclusões apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi*, o objeto do processo é bastante limitado estando em causa “(...) saber se uma eventual regulação das condições de funcionamento da *Uber* está sujeita às exigências do direito da União, em primeiro lugar, em matéria de livre prestação de serviços, ou se está abrangida pela competência partilhada da União Europeia e dos Estados-Membros no domínio dos transportes locais, que ainda não foi exercida a nível da União”.

¹⁴ Cfr. parágrafo 35 do acórdão e artigo 1.º, ponto 2, da Directiva 98/34, para o qual remete o artigo 2.º, alínea a), da Directiva-comércio electrónico. Este serviço de intermediação constitui, como prevê a definição constante da referida disposição da Directiva 98/34, «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços».

¹⁵ Cfr. parágrafo 36 e artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Directiva-serviços, lido à luz do seu considerando 21 (v., neste sentido, acórdão de 1 de outubro de 2015, *Trijber et Harmsen*, C-340/14 e C-341/14, EU:C:2015:641, parágrafo 49).

A existência da plataforma (aplicação) *Uber* é, para o TJUE, indispensável ao o exercício da actividade por isso que, sem a aplicação, os “(...) *motoristas não seriam levados a prestar serviços de transporte e, por outro, as pessoas que pretendessem efetuar uma deslocação urbana não teriam acesso aos serviços dos referidos motoristas.*”¹⁶ A aplicação pode, por isso, ser considerada como essencial para o funcionamento do mercado (*market-maker*).

Segundo o TJUE, a *Uber* exerce uma influência decisiva nas condições da prestação dos motoristas, uma vez que, designadamente, fixa, através da aplicação, pelo menos, o preço máximo da corrida, cobra esse preço ao cliente antes de entregar uma parte ao motorista não profissional do veículo e garante um certo controlo sobre a qualidade dos veículos e dos respetivos motoristas assim como sobre o comportamento destes últimos, que pode implicar, sendo caso disso, a exclusão destes.¹⁷

Concluiu o Tribunal que a *Uber* faz parte integrante de um serviço global cujo elemento principal é o transporte. Dito de outra forma, apesar de estar em causa um serviço misto, o elemento preponderante neste é o transporte. A *Uber* corresponde, portanto, à qualificação de «serviço no domínio dos transportes»^{18/19} e não de «serviço da sociedade da informação».

¹⁶ Cfr. parágrafos 36 a 39.

¹⁷ Com efeito, como observam diversos autores, a *Uber* fornece os sistemas de pagamento que os motoristas e os consumidores utilizam; garante o funcionamento dinâmico dos preços; cobra comissões por cada serviço prestado e garante e fiscaliza a qualidade dos serviços prestados pelos motoristas. Assim, v. MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 178.

Comentando o acórdão *Elite Taxi / Uber*, v. DAMIEN GERADIN, *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case* (April 5, 2016), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2759379> e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber in Europe: are there still judges in Luxembourg?* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 32-37, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf.

¹⁸ Cfr. parágrafo 40 e artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva-serviços.

Acrescenta o TJUE, no parágrafo 41, que “(...) *tal qualificação é corroborada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual o conceito de «serviço no domínio dos transportes» abrange não só os serviços de transporte, considerados enquanto tais, mas também qualquer serviço intrinsecamente ligado a um ato físico de movimentar pessoas ou mercadorias de um local para outro através de um meio de transporte [v., neste sentido, acórdão de 15 de outubro de 2015, Grupo Itevelesa e o., C-168/14, EU:C:2015:685, n.ºs 45 e 46, e parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017, EU:C:2017:376, n.º 61].*”

¹⁹ Assim, a Diretiva-comércio electrónico não será aplicável a um serviço de intermediação como a *Uber* mas também não está sujeito à Diretiva-serviços, uma vez que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, alínea d), desta diretiva, esse tipo de serviços encontra-se expressamente excluídos do âmbito de aplicação.

Na medida em que se qualifica como «serviço no domínio dos transportes» não está abrangido pelo artigo 56.º do TFUE, relativo à livre prestação de serviços em geral, mas sim pelo artigo 58.º, n.º 1 do TFUE.²⁰ Sendo assim, a aplicação do princípio da livre prestação de serviços deve ser realizada através da execução da política comum dos transportes.

Ora, discorre o Tribunal, sabendo-se que os serviços de transporte urbano não coletivo e os serviços indissociavelmente ligados a estes, como o serviço de intermediação da *Uber*, não deram origem à adoção, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, de regras comuns ou de outras medidas, com fundamento no artigo 91.º, n.º 1 do TFUE, cabe aos Estados-Membros regulamentar as condições de prestação desses serviços.²¹

Em síntese, o TJUE aplicou à *Uber* um teste que, a partir deste aresto, passou a ser designado como *teste Uber* que visa determinar se uma dada plataforma colaborativa actua como mera intermediária – abrangida, por consequência, pela Directiva sobre comércio electrónico – ou como prestadora de serviços – abrangida, neste caso, pela directiva-serviços –, à luz do qual será necessário examinar se estão preenchidas as seguintes condições:

- i) A *indispensabilidade* da plataforma (aplicação) para a prestação do serviço (*market-maker*);
- ii) O exercício, pela plataforma, de uma influência decisiva nas condições da prestação do serviço, designadamente, através da fixação:
 - a. Do preço (nomeadamente o preço máximo);
 - b. Do controlo sobre a qualidade do serviço prestado;
 - c. Da possibilidade de exclusão de prestadores de serviços;

Estes critérios aproximam-se, de alguma forma, daqueles propostos, em 2016, pela Comissão Europeia, que incluíam, recorde-se, o (i) preço; (ii) a propriedade dos principais ativos e (iii) outras condições contratuais essenciais.

São, no entanto, menos exigentes, pois, para o TJUE, para que uma plataforma se revele *indispensável* e tenha capacidade de exercer uma *influência decisiva* nas condições da prestação do serviço para que não seja qualificável *apenas* como um serviço de intermediação não é necessária a detenção da propriedade dos principais activos como decorria do entendimento, em 2016, da Comissão Europeia.

²⁰ Cfr. parágrafo 44 do acórdão: disposição específica nos termos da qual «[a] livre prestação de serviços em matéria de transportes é regulada pelas disposições constantes do título relativo aos transportes» (v., neste sentido, acórdão de 22 de dezembro de 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb*, C-338/09, EU:C:2010:814, parágrafo 29 e jurisprudência aí referida).

²¹ Cfr. parágrafos 46 e 47 do acórdão.

O teste *Uber* será seguramente utilizado, no futuro, por forma a ser aplicado a outras plataformas colaborativas, como a *Airbnb*. Neste sentido, e nas conclusões apresentadas no caso *Uber*, o Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR pareceu qualificar a *Airbnb* como fazendo parte dos serviços de sociedade de informação.²²

A prática decisória de diversas autoridades da concorrência parece ir em sentido oposto. Diversas autoridades da concorrência nacionais (v.g. no Reino Unido, Alemanha, França e Suécia) consideraram recentemente, em casos que envolveram agências de viagens *on-line* (como a *Booking* ou a *Expedia*) que estas não atuaram como meras intermediárias, pois impunham condições essenciais para a definição do preço, nomeadamente por via de cláusulas de paridade tarifária.^{23/24}

²² Nas conclusões apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, o advogado-geral aplicou o teste *Uber* à *Airbnb*, nos parágrafos 59 e seguinte, afirmando que: “(...) *contrariamente à situação dos condutores da Uber, tanto os hotéis como as companhias aéreas são empresas cujo funcionamento é totalmente independente de qualquer plataforma intermediária e em relação às quais estas plataformas apenas constituem um meio, entre outros, de comercialização dos seus serviços. São também essas empresas, e não as plataformas de reserva, que determinam as condições de prestação dos seus serviços, a começar pelos preços. De igual modo, tais empresas funcionam segundo regras específicas do seu setor de atividade, pelo que as plataformas de reserva não exercem um controlo prévio de acesso à atividade como o que a Uber faz em relação aos seus condutores. 60. Por último, nessa plataforma de reserva, os utilizadores têm uma verdadeira possibilidade de escolha entre vários prestadores cujas ofertas diferem em vários fatores importantes do seu ponto de vista, tais como o tipo de voo ou de alojamento, os horários dos aviões, a localização do hotel, etc. Em contrapartida, na Uber, estes fatores são padronizados e determinados pela plataforma, de modo que, regra geral, o passageiro aceitará a prestação do condutor mais rapidamente disponível.*”

²³ Sobre estas cláusulas v. MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 183; THIBAUD VERGÉ, *Are price parity clauses necessarily anticompetitive?*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/01/CPI-Verge.pdf>; ARIEL EZRACHI, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in *European Competition Journal*, volume 11, issue 2-3, (2015), pp. 488-519; PINAR AKAMAN, *A competition law assessment of platform most-favored customer clauses*, in *Journal of Competition Law and Economics*, n.º 12 (4), 2016, pp. 781-833; MARGHERITA COLANGELO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 8 (1), pp. 3-14 e DENNIS W. CARLTON / RALPH A. WINTER, *Vertical Most-Favored-Nation Restraints and Credit Card No-Surcharge Rules*, in *The Journal of Law and Economics* 61, n.º 2 (May 2018), pp. 215-251.

²⁴ Em sentido oposto, considerando a irrelevância das cláusulas de paridade tarifária, v. as conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR apresentadas em 11 de maio de 2017, proc. C-434/15, *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, nota de rodapé 22: “*O facto de algumas plataformas celebrarem com os hotéis acordos de paridade tarifária, mediante os quais os hotéis se comprometem a não propor noutros sítios preços mais favoráveis do que o proposto na plataforma em causa, não altera nada. Com efeito, não se trata da determinação do preço das prestações por parte da plataforma, mas de um compromisso relativo às tarifas fixadas por diferentes parceiros comerciais. Além disso,*

Em nosso entender é, no entanto, duvidoso que a *Airbnb* seja considerada como *indispensável* e tenha *influência decisiva* sobre os prestadores dos serviços que dispõe pelo que, a esta luz, estará abrangida pela directiva-comércio electrónico. É, por isso, com alguma expectativa que se aguarda a decisão do TJUE sobre a qualificação desta plataforma.²⁵

3. A regulação de plataformas colaborativas pela União Europeia:

O aparecimento de plataformas colaborativas traduziu-se numa espécie de “liberalização espontânea” na União Europeia e nos Estados-Membros.²⁶

Uma das questões que se equaciona é a de saber se devem ser reguladas por legislação específica – e, neste caso, se esta deve ser desenvolvida a partir da União Europeia ou subsidiariamente pelos Estados-Membros – ou, de forma diversa, se a actividade deve *apenas* estar sujeita ao regime geral aplicável a todos os sectores de actividade económica (v.g. o Regulamento Geral de Protecção de Dados²⁷).

estas cláusulas de paridade tarifária foram questionadas pelas autoridades da concorrência em vários Estados-Membros, o que conduziu à criação do Grupo de trabalho europeu sobre as plataformas de reserva em linha, sob a égide da Comissão.”

²⁵ Em 16 de julho de 2018, a Comissão Europeia emitiu um comunicado de imprensa onde chamou a atenção da *Airbnb* para necessidade de respeitar o Direito Europeu dos consumidores devendo, para tal, assegurar a transparência dos preços, clarificar as condições e suprimir cláusulas alegadamente ilegais. O comunicado está disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4453_pt.htm. Encontra-se pendente, no TJUE, um pedido de reenvio prejudicial referente à *Airbnb* Irlanda. Cfr. proc. C-390/18. Neste processo são colocadas ao TJUE duas questões prejudiciais: 1) As prestações fornecidas em França pela sociedade *Airbnb Ireland UC* através de uma plataforma eletrónica explorada a partir da Irlanda beneficiam da liberdade de prestação de serviços prevista no artigo 3.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000? 2) As regras restritivas relativas ao exercício da profissão de agente imobiliário em França, estabelecidas na Lei 70-9 de 2 de janeiro de 1970, relativa aos mediadores em matéria de operações imobiliárias, designada Lei Hoguet, são oponíveis à sociedade *Airbnb Ireland UC*?

Sobre a aplicação do teste *Uber à Airbnb*, v. CHRISTOPH BUSCH, *The sharing economy at the CJEU: does Airbnb pass the “Uber test”?*, in EuCML, issue 4/2018.

²⁶ Assim, v. DAMIEN GERADIN, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* (November 20, 2015). Competition Policy International (2015); George Mason Law & Economics Research Paper n.º 15-53, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2693683>.

²⁷ Sobre a aplicação do Regulamento Geral de Protecção de Dados à economia colaborativa v. VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2018, pp. 67-102.

Os sinais dados pela Comissão Europeia permitem antecipar que não pretende intervir directamente na regulação sectorial ou *próprio sensu* de algumas plataformas colaborativas optando por uma estratégia que alguns designam por “*wait and see*” (esperar para ver).

Esta estratégia pode ser compreendida à luz do princípio da competência por atribuição, por um lado, e do princípio da subsidiariedade, por outro. Há mercados relativamente aos quais a União Europeia não dispõe de atribuições – v.g. a nível laboral²⁸ ou no arrendamento de curta duração (alojamento local)) – e, noutros casos, o princípio da subsidiariedade pode exigir que sejam os Estados-Membros a exercer a competência regulatória, como foi explicado pelo TJUE no caso *Elite Taxi / Uber* relativamente ao sector dos transportes.

A neutralidade seguida pela Comissão Europeia possibilita o afastamento de discussões fracturantes em torno das plataformas colaborativas, garantindo simultaneamente a regulação jurídica essencial das plataformas colaborativa *de jure condito*.²⁹ Esta estratégia, por vezes pouco clara, já foi criticada pelo Parlamento Europeu.³⁰

²⁸ Como observa o Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR nas conclusões do apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15, *Elite Taxi / Uber*, :EU:C:2017:364, nota 19, “*não abordarei a qualificação de relação jurídica entre a Uber e os seus condutores, uma vez que este aspeto está sujeito ao direito nacional.*”

²⁹ É, também por isso, compreensível que a Comissão Europeia tenha adoptado instrumentos de *soft law* – como a comunicação “Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa” – através dos quais procura explicar a aplicação de instrumentos jurídicos já existentes às plataformas electrónicas ou realizado diversos estudos sobre economia colaborativa como o interessante publicado em 2018 “*Study to monitor the business and regulatory environment affecting the collaborative economy in the EU*”, disponível em <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79bee7ad-6d22-11e8-9483-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-72448577>.

³⁰ Cfr. parágrafo 15 do relatório sobre uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa, de 11 de Maio de 2017 (2017/2003(INI)), disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0195+0+DOC+XML+V0//PT>: “(...) lamentou que a comunicação não tenha sido suficientemente clara sobre a aplicabilidade da legislação existente da UE aos diferentes modelos de economia colaborativa.”

Neste relatório o Parlamento Europeu pediu à Comissão Europeia uma “estratégia equilibrada, mais abrangente e ambiciosa” da União Europeia sobre a economia colaborativa, tendo apresentado um conjunto de recomendações a seguir descritas:

- a) *serviços prestados por particulares e por profissionais: a UE deve estabelecer critérios eficazes para distinguir entre “pares” (indivíduos que prestam serviços a título ocasional) e “profissionais”, com um conjunto de princípios e critérios gerais à escala europeia e de limiares nacionais;*
- b) *direitos dos consumidores: os consumidores devem ter acesso a informações adequadas sobre as regras aplicáveis a cada transação e os direitos associados; o PE insta as*

Esta estratégia relativa a plataformas colaborativas e à regulação específica destas compreende-se ainda porque muitas das questões colocadas podem ser solucionadas através de instrumentos jurídicos em vigor, tais como o Direito da Concorrência – como veremos a seguir – ou legislação como a Directiva-serviços, a Directiva sobre comércio electrónico³¹, a Directiva-serviços de pagamento³² ou o Regulamento Geral de Protecção de Dados.³³

Recentemente a Comissão Europeia procurou distanciar-se da estratégia de neutralidade referida ao apresentar, em abril de 2018, uma proposta de Regulamento relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores empresariais de serviços de intermediação em linha.³⁴ Observe-se, no entanto, que a proposta não é aplicável a plataformas colaborativas (como a *Uber* ou a *Airbnb*) mas apenas a “serviços de intermediação em linha”.³⁵

-
- plataformas colaborativas a disponibilizarem sistemas eficazes de reclamação e de resolução de litígios;*
- c) *responsabilidade das plataformas: a Comissão deve clarificar o regime de responsabilidade das plataformas colaborativas tão rapidamente quanto possível, de modo a promover comportamentos responsáveis e a aumentar a confiança dos utilizadores;*
 - d) *direitos dos trabalhadores: os Estados-Membros e a Comissão devem garantir condições de trabalho equitativas e uma protecção jurídica e social adequada a todos os trabalhadores na economia colaborativa, independentemente do seu estatuto; o PE destaca também a importância de assegurar que os trabalhadores das plataformas beneficiem da portabilidade das notações e das avaliações, “que constituem o seu valor no mercado digital”;*
 - e) *fiscalidade: os operadores económicos que forneçam serviços comparáveis devem estar sujeitos a “obrigações fiscais funcionalmente semelhantes, tanto na economia colaborativa”, são necessárias soluções inovadoras que melhorem o cumprimento das obrigações fiscais, diz o PE, convidando as plataformas colaborativas a assumirem um papel ativo a este respeito.*

³¹ Esta directiva prevê, no artigo 16.º, formas de auto-regulação que têm sido utilizadas por algumas plataformas como a Amazon ou a Ebay. A este propósito v. VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative...*, p. 14.

³² Directiva n.º 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno.

³³ Este Regulamento surge como corolário do direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito, previsto no artigo 8.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais. Cfr. Regulamento n.º 679/2016 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

³⁴ Cfr. Bruxelas, 26.4.2018, COM(2018) 238 final. A proposta foi apresentada ao abrigo do artigo 114.º do TFUE, que visa aproximar as disposições dos Estados-Membros e garantir a aplicação de regras não discriminatórias e coerentes na União

³⁵ A proposta define estes serviços, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, como aqueles que constituam serviços da sociedade da informação, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Directiva n.º 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho.

A Comissão Europeia tem, por isso, procurado assegurar uma certa neutralidade na análise jurídica das plataformas colaborativas, distanciando-a do epicentro de um debate que, no tocante a algumas plataformas – como a *Uber* ou a *Airbnb* – é ainda controverso em diversos Estados-Membros e fez reacender a discussão relativa a muitos dos sectores de actividade.³⁶ Muitos apoiam e incentivam estas plataformas pelos benefícios que trazem aos consumidores, nomeadamente pelos preços praticados e inovação que lhes estão subjacentes.³⁷ Muitos outros criticam-nas por colocarem em causa modelos típicos de negócios (v.g. táxis); contribuírem para a especulação imobiliária e afastamento das populações locais dos grandes centros urbanos (v.g. *Airbnb*) ou até por serem anti-democráticas, qualificando alguns, de forma irónica, as plataformas que, em geral, agregam dados como sendo *BAADD* (“*too big, anti-competitive, addictive and destructive to democracy*”).³⁸

Especificamente no caso dos táxis, a regulação por emissão de licenças foi entendida como uma resposta a falhas de mercado³⁹, permitindo assegurar a qualidade, garantir a prática de preços regulados, adequar *ex-ante* a oferta à procura, evitar o congestionamento das cidades e, a final, proteger os consumidores.⁴⁰ Porém, de

³⁶ Sobre a legitimidade democrática da União Europeia em tempos de crise, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *Os novos muros da Europa*, Análise Europeia, Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus, Faculdade de Letras, maio de 2017, volume II, n.º 3, pp. 198-207 (disponível em http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/an%C3%A1lise_europeia_2_3_2017.pdf).

³⁷ Procedendo a uma análise económica da relação entre concorrência e inovação v. PHILIPPE AGHION / STEFAN BECHTOLD / LEA CASSAR / HOLGER HERZ, *The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence*, in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, n.º 2, 2018, pp. 162-195.

³⁸ Assim, v. EVAN SMITH, *The Techlash Against Amazon, Facebook, and Google—and What They Can Do*, in *The Economist* (20 de janeiro de 2018), disponível em <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebookand-google-and-what-they-can-do>.

³⁹ Sobre o papel da regulação económica enquanto instrumento de correcção de falhas de mercado v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A regulação da Saúde*, in AAVV., *Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 613-651.

⁴⁰ Entre os principais argumentos apresentados por aqueles que defendem a manutenção da regulação dos táxis encontra-se a necessidade de evitar que a falta de controlo gere um número excessivo de táxis – com o aumento do congestionamento rodoviário e da poluição – e um aumento excessivo da concorrência entre táxis susceptível de gerar uma redução na qualidade do serviço prestado. A regulação permitirá ainda garantir a adequação dos preços praticados aos clientes salvaguardando ainda a sua segurança.

Porém, em sentido oposto, diversos autores assinalam que a regulação dos táxis falhou, gerando escassez de oferta, falta de incentivos para a redução dos preços, aumento da qualidade e soluções inovadoras tendo-se verificado ainda, em alguns casos, a captura do regulador.

Sobre a regulação dos táxis em Portugal cfr. International Transport Forum, *Regulation of For-Hire Passenger Transport. Portugal in International Comparison*, working paper, 2016, disponível em

forma oposta, muitos dizem que a regulação apenas permitia assegurar os interesses dos incumbentes, gerando uma incapacidade em aumentar a concorrência. Nesta última dimensão, as plataformas electrónicas terão permitido aumentar a concorrência e aumentar o bem-estar dos consumidores pelo incremento da qualidade dos serviços prestados, melhor adequação dos preços e desencadeamento de ofertas mais inovadoras.⁴¹

4. A aplicação do Direito da Concorrência às plataformas colaborativas:

A procura de respostas jurídicas para as plataformas colaborativas tem encontrado na plasticidade do Direito da Concorrência campo fértil para discussão e atenuação de algumas das dificuldades que podem colocar, como já foi reconhecido pelo TJUE.⁴² A verdade é que a aplicação deste ramo de Direito às plataformas colaborativas pressupõe respostas a questões prévias.

<https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/regulation-for-hire-passenger-portugal.pdf>. Procedendo à análise económica da regulação dos táxis na Irlanda, v. OCDE, *Evaluation of competitive impacts of government interventions*, DAF/COMP/WP2(2014)6, 11-Feb-2014, disponível em [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2014\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2014)6/en/pdf) e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 179.

⁴¹ Assinalando benefícios das plataformas electrónicas de transporte, cfr. Autoridade da Concorrência, Relatório sobre Concorrência e Regulação no Transporte de Passageiros em Veículos Ligeiros, dezembro de 2016, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Relat%C3%B3rio%20sobre%20Concorr%C3%A2ncia%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20no%20Transporte%20de%20Passageiros%20em%20Ve%C3%ADculos%20Ligeiros.pdf, parágrafos 165 e seguintes.

Entre esses benefícios incluir-se a redução dos custos de transação; a coordenação e a criação de eficiências do lado da oferta (economias de densidade); a mitigação de assimetrias de informação uma vez que disponibilizam informação ao consumidor e reduzem o contexto de incerteza em que toma a sua decisão, nomeadamente quanto às condições dos serviços que lhe serão prestados (preço, tempo de espera, qualidade); atenuam as fronteiras entre os diferentes segmentos de serviços de táxi (*hailing*, praça de táxi e serviços pré-contratados).

A propósito dos benefícios das plataformas, v. ainda LIRAN EINAV / CHIARA FARRONATO / JONATHAN LEVIN, *Peer-to-Peer Markets*, in *Annual Review of Economics*, vol. 8, issue 1, 2016, pp. 627-629, disponível EC08CH22, disponível em <https://web.stanford.edu/~leinav/pubs/AR2016.pdf>.

⁴² Assim, v. as conclusões do advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, parágrafo 62: “(...) considerar a Uber uma plataforma que agrupa prestadores de serviços independentes poderia suscitar questões do ponto de vista do direito da concorrência. Não obstante, não desenvolverei este ponto mais amplamente, uma vez que ultrapassa o âmbito do presente processo.”

Desde logo, importa averiguar se as plataformas são consideradas como empresas à luz do Direito da Concorrência.⁴³

Recorde-se que a noção de empresa, para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência, tem sido erguida a partir da construção pretoriana do TJUE nos termos da qual nem a personalidade jurídica, o estatuto jurídico, as modalidades de financiamento ou a ausência de fins lucrativos são decisivos para a equiparação a empresa. O elemento determinante é o exercício de uma actividade económica – traduzida na oferta de bens ou serviços num determinado mercado – de forma autónoma, susceptível de ser levada a cabo por uma empresa privada com fins lucrativos (ainda que essa actividade económica possa ser desenvolvida, em concreto, por uma entidade sem fins lucrativos).

No caso das plataformas electrónicas será necessário averiguar se exercem uma actividade económica de forma autónoma⁴⁴, o que parece verificar-se se reunirem as condições do *teste Uber*.⁴⁵ Nas situações em que isso não se verifique – *verbi gratia* se a plataforma assegura um modelo de comércio P2P ou é considerada como prestadora de serviços da sociedade de informação – persiste a dúvida sobre a equiparação de plataformas electrónicas à noção de empresa para efeitos do Direito da Concorrência, na medida em que não há, em rigor, *oferta* de bens e serviços num determinado mercado mas apenas uma actividade de *intermediação*.⁴⁶

Questão conexa com a (eventual) qualificação das plataformas colaborativas como empresas para efeitos de Direito da Concorrência diz respeito à determinação do(s) mercado(s) relevante(s) em que actua(m).⁴⁷ Exemplificativamente, a *Uber* motivou

⁴³ Sobre a noção de empresa no Direito da Concorrência, v. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 381-386. Cfr. ainda, a nível nacional, o artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência).

⁴⁴ Sobre a actuação autónoma de um operador no mercado, v. acórdão *Eturas*, proc. C-74/14, de 21 de janeiro de 2016, ECLI:EU:C:2016:42, parágrafo 27 e jurisprudência aí citada.

⁴⁵ No caso específico da *Uber* pode ainda questionar-se se a noção de empresa abrange os prestadores de serviços subjacentes – os motoristas que actua(m) a favor da *Uber* – atendendo à unidade económica existente. Em Itália, os tribunais observaram que a *Uber* não pode ser considerada de forma desligada face aos motoristas que lhe prestam serviço uma vez que estes não são livres de negociar o preço com os passageiros, estando obrigados a aplicar tarifas calculadas por um algoritmo que aumenta as tarifas quando a procura é incrementada. Assim, v. ALESSIO DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02, number 1, p. 178.

⁴⁶ Sem prejuízo de, também esta, poder ser considerada como uma actividade económica e ser definida enquanto mercado do produto relevante.

⁴⁷ O conceito teórico de mercado relevante deve considerar a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante ainda que esta não tenha, obrigatoriamente, de ser seguida pelas

que se discutisse, na Índia, se integrava o mercado relevante de “serviços de rádio táxi em Nova Deli”. E, em Nova Iorque, no âmbito de uma queixa apresentada contra o CEO da *Uber*, discute-se se o mercado do produto relevante corresponde às “aplicações para serviços de partilha de automóveis”⁴⁸ ou se, pelo contrário, este inclui “táxis, transportes públicos e percursos pedestres”.⁴⁹

Este exercício é especulativo face à novidade das plataformas e da prática decisória das autoridades da concorrência a nível mundial que não está ainda suficientemente estabilizada de modo a permitir proceder ao recorte rigoroso dos mercados relevantes em que plataformas electrónicas como a *Uber* ou a *Airbnb* actuam.

Há, no entanto, investigações em curso e decisões proferidas por diversas entidades reguladoras da concorrência a nível mundial que legitimam a antecipação de juízos sobre a eventual aplicação de normas concorrenciais (caso se considere a qualificação da plataforma colaborativa como empresa e depois de se definirem o(s) mercado(s) relevante(s) em que atua).⁵⁰

Nestes termos, pode ser considerada a aplicação do Direito da Concorrência a situações tão diversas como a apreciação de eventuais práticas de *hub and spoke*⁵¹

autoridades nacionais da concorrência ou pelos tribunais. Cfr. *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, in JOCE n.º C 372, 9.12.1997, p. 3.

⁴⁸ A definição original corresponde ao mercado de “*mobile app-generated ride-share service market*.” Cfr. a decisão preliminar em <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2015cv09796/451250/37/0.pdf?ts=1459545536>.

⁴⁹ A este propósito, v. PARVEER S GHUMAN, *Analysis of Competition Cases Against Uber Across the Globe, working paper*, CUTS International, março de 2017, p. 6, disponível em http://www.cuts-ecier.org/pdf/Analysis_of_Competition_Cases_Against_Uber_Across_the_Globe.pdf.

⁵⁰ Limitamo-nos a apreciar essas práticas à luz do Direito Europeu da Concorrência sabendo que a aplicação, a nível nacional, do Direito da Concorrência segue raciocínio idêntico.

⁵¹ Numa prática de *hub and spoke* o acordo ou prática concertada realizado entre empresas concorrentes (*spoke*) é feito de forma indirecta através de uma terceira empresa (*hub*) que pode actuar no mesmo mercado ou até num mercado totalmente distinto. A este propósito v. o acórdão *AC-Treuhand*, proc. C-194/14 P, de 22 de outubro de 2015, ECLI:EU:C:2015:717, parágrafo 36 no qual se reconhece que o artigo 101.º, n.º 1 permite reagir contra a contribuição ativa de uma empresa para uma restrição da concorrência ainda que essa contribuição não se insere numa atividade económica que faça parte do mercado relevante em que essa restrição se materializa ou tem por objeto materializar-se. V. ainda as conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, nota 23 onde este afirma que “(...) a utilização, por parte de concorrentes, do mesmo algoritmo para calcular o preço não é em si mesma ilegal, mas poderia suscitar preocupações no que respeita à *hub and spoke* conspiracy quando o poder da plataforma aumenta” e ARIEL EZRACHI / M.E. STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, CCLP Working Paper 40, Oxford 2015, p. 14.

através das plataformas electrónicas (*hub*), a utilização partilhada, entre plataformas, de algoritmos (susceptível de poder ser considerada como um acordo entre empresas⁵²) ou a prática de preços predatórios⁵³; a detenção de dados pela mesma empresa⁵⁴ ou ainda a imposição, por uma plataforma colaborativa, de vendas subordinadas (*tying*) ou de vendas em pacote (*bundling*) (enquanto práticas de abuso de posição dominante⁵⁵).⁵⁶

Observe-se que eventuais práticas colectivas anti-concorrenciais que envolvam plataformas colaborativas (cfr. artigo 101.º, n.º 1 do TFUE) podem ser justificadas de harmonia com o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Conhecendo-se o papel determinante que as plataformas colaborativas desempenham na inovação e o benefício pró-concorrencial que daí decorre⁵⁷, é legítimo reconhecer que, em algumas situações, práticas prosseguidas por plataformas colaborativas, sancionadas à luz

⁵² Cfr. artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Sobre a distinção entre acordo entre empresas e prática concertada, cfr. acórdão *AC-Treuhand*, proc. C-194/14 P, de 22 de outubro de 2015, ECLI:EU:C:2015:717, em especial parágrafos 28; 29 e 32.

Sobre o efeito anti-concorrencial dos algoritmos v. AI DENG, *What Do We Know About Algorithmic Tacit Collusion?*, in *Antitrust Magazine*, n.º 33, 1, 2018, pp. 88-95 e ANITA BANICEVIC / GABRIELLE Z.A. KOHLMEIER / DAJENA PECHERSKY / ASHLEY HOWLETT, *Algorithms: challenges and opportunities for antitrust compliance*, in *Antitrust Law*, fall 2018. Sobre a aplicação do direito da concorrência no contexto dos *big data*, v. Cfr. ELIANA GARCÉS, *Data collection in online platform businesses: a perspective for antitrust assessment*, in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 17-25, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf e TÂNIA LUÍSA FARIA, *Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas*, in *Revista Concorrência e Regulação*, ano VIII. n.º 29 – Jan/2017 a Mar/2017, pp. 107-137.

⁵³ Sobre a eventual prática de preços predatórios pela *Uber* nos EUA v. NICK PASSARO, *Uber has an antitrust litigation problem, not an antitrust problema* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 38-32, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf.

⁵⁴ A este propósito v. MAURICE E. STUCKE, *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n.º 349, 2018, pp. 275-324 disponível em <https://ssrn.com/abstract=3144045>.

⁵⁵ Cfr. artigo 102.º do TFUE. A este propósito v. VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative...*, p. 141.

⁵⁶ De forma recíproca são também conhecidas queixas apresentadas pela *Uber* contra taxistas por litigância abusiva (*sham litigation*). Em julho de 2018 a CADE, no Brasil, arquivou uma queixa proposta pela *Uber* contra taxistas V. <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-arquiva-investigacao-no-mercado-de-aplicativo-de-transporte-individual-de-passageiros>.

⁵⁷ Sobre o efeito disruptivo das plataformas colaborativas sobre o direito da concorrência v. RICCARDO FALCONI, *Uber: Has digital economy disrupted competition law?*, September 2018, *Revista Concurrences* n.º 3-2018, art. n.º 87312.

do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, podem ser justificadas em conformidade com as condições fixadas no n.º 3 do mesmo artigo.

Em resumo, o Direito da Concorrência é apto a fornecer respostas a questões que as plataformas colaborativas colocam mas não permite, *per se*, solucionar todos os problemas colocados por estas⁵⁸, desde logo porque tem uma vocação de aplicação *ex-post*⁵⁹ (sem prejuízo do campo próprio de aplicação do regime do controlo prévio de concentrações)⁶⁰.

5. Conclusões:

O aparecimento de plataformas colaborativas coloca novos desafios à União Europeia e aos Estados-Membros.

O TJUE contribuiu, com o acórdão *Elite Taxi / Uber*, para alguma clarificação do regime jurídico aplicável a plataformas, ao definir um teste que será seguramente aplicado, no futuro, a outras formas de economia colaborativa.

Não obstante, a Comissão Europeia tem seguido uma estratégia neutral (*wait and see*) relativamente às plataformas colaborativas que não permitiu clarificar o modelo de regulação pretendido.⁶¹

⁵⁸ Assinalando que os problemas centrais que se colocam a propósito da *Uber* e da *Airbnb* situam-se na falta de regulação; ausência de enquadramento fiscal e desregulação que colocam em termos laborais, v. DANIELA SELONI, *Codesign for public-interest services*, Springer, 2017, pp. 21-26.

⁵⁹ Por outras palavras, a intervenção do Direito da Concorrência surge em consequência da actuação das empresas nos mercados. Como notam MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 187, “(...) *anti-trust enforcers have limited powers. They can only forbid anticompetitive agreements, mergers and monopolistic practices. They cannot prescribe obligations and commitments to impose, for example, Uber to comply with taxi regulations.*”

⁶⁰ A este propósito v. BEN HOLLES DE PEYER, *EU merger control and big data*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 13(4), pp. 767–790.

Em Singapura, a *Uber* foi condenada em Setembro de 2018 a uma multa de 13 milhões de dólares porque, em consequência da aquisição da filial em Singapura desta pela *Grab* (uma empresa local concorrente da *Uber*), esta última tinha passado a deter uma quota de mercado de 80%. Não obstante, a aquisição não foi revertida tendo sido fixadas condições por parte do autoridade da concorrência local (Competition and Consumer Commission of Singapore). Cfr. <https://www.tnp.sg/news/singapore/grab-Uber-fined-13-million-breaking-competition-laws>.

⁶¹ Muitos autores assinalam a falta de definição no tocante a um modelo de regulação (a) *ex-ante* ou *ex-post*; (b) *bottom-up*; *top-down* ou *colaborativo*; (c) *local*; *nacional* ou *supranacional* ou (d)

O debate em torno da regulação de plataformas colaborativas – como a *Uber* ou a *Airbnb* – mantém-se, assim, em aberto.⁶²

Perante a falta de resposta da União Europeia, têm sido alguns dos Estados-Membros a cumprir a tarefa de regulamentarem algumas das plataformas colaborativas como sucedeu em Portugal relativamente à *Uber*⁶³ e, eventualmente, à *Airbnb*.⁶⁴

transversal ou sectorial. Assim, cfr. por todos, VASSILIS HATZOPOULOS, *The collaborative...*, pp. 217-220.

⁶² Alguns Estados-membros optaram por banir parte dos serviços prestados pela *Uber*. A plataforma *Uberpop* foi banida em Estados-membros como a França; Itália e a Alemanha. A *Uberblack* foi banida na Itália mas readmitida em maio de 2017 na sequência de uma decisão do Tribunal de Roma. Relatando diversos casos judiciais ocorridos na Europa, v. ALESSIO DI AMATO, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02, number 01, pp. 177-183 e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 179.

Cfr. as conclusões do Advogado-Geral MACIEJ SZPUNAR, apresentadas em 11 de maio de 2017 no processo C-434/15 *Elite Taxi / Uber*, ECLI:EU:C:2017:364, nota 12 onde se enumeram algumas decisões de tribunais dos Estados-membros relativas ao modo de funcionamento da *Uber* tais como o “acórdão do London Employment Tribunal de 28 de outubro de 2016, *Aslam, Farrar and Others v. Uber* (case 2202551/2015); decisão da Audiencia Provincial de Madrid n.º 15/2017, de 23 de janeiro de 2017, no processo que opõe a *Uber* à Asociación Madrileña del Taxi, e despacho do Tribunale Ordinario di Milano, de 2 de julho de 2015 (processos 35445/2015 e 36491/2015).”

⁶³ A Autoridade da Concorrência (AdC) apresentou, em dezembro de 2016, um *Relatório sobre Concorrência e Regulação no Transporte de Passageiros em Veículos Ligeiros*, disponível em http://www.concorrenzia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Relat%C3%B3rio%20sobre%20Concorr%C3%Aancia%20e%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20no%20Transporte%20de%20Passageiros%20em%20Ve%C3%ADculos%20Ligeiros.pdf, no qual analisa diversos aspectos regulatórios dos táxis.

Neste relatório a AdC critica o modelo que vigorou em Portugal relativamente à prestação de serviços de táxi por considerar que as “(...) imposições regulatórias ao nível das tarifas eliminam o preço enquanto variável de concorrência e limitam os incentivos dos operadores para concorrer no binómio qualidade/preço (...) o que podia “(...) implicar perdas de bem-estar” (cfr. p. 1) razão pela qual a AdC entendia que a legislação então em vigor e que estabelecia disposições relativas à (i) Regulação ao nível da entrada no mercado; (ii) Regulação de preço dos serviços e (iii) Regulação de qualidade/segurança e outros aspetos do exercício da atividade devia ser alterada.

Mais tarde, foi aprovada em 2018, em Portugal, a chamada “*Lei Uber*” – Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto – que regula o transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrónica (TVDE). Note-se porém que, de harmonia com o artigo 1.º, n.º 2 esta lei não se aplica a: (A) Plataformas eletrónicas que sejam somente agregadoras de serviços e que não definam os termos e condições de um modelo de negócio próprio. (B) Atividades de partilha de veículos sem fim lucrativo (*carpooling*) e o aluguer de veículo sem condutor de curta duração com características de partilha (*carsharing*), organizadas ou não mediante plataformas eletrónicas.

Por outras palavras, a lei só se aplica às plataformas colaborativas que passem o teste *Uber* estando as restantes – incluindo as que não passem o teste ou que actuem no contexto da economia de partilha (P2P) – fora do âmbito de aplicação daquela lei.

Estas formas de regulação emergem a nível nacional⁶⁵, em detrimento de uma abordagem europeia que conduziria, porventura, a uma maior harmonização a nível europeu e à afirmação de um *level playing field*, embora pudesse produzir junto das populações incompreensões face à divergência de opiniões que subsiste em muitos Estados-Membros.

Por tudo isto, é de esperar que a estratégia seguida pela Comissão Europeia prossiga, privilegiando a emissão de instrumentos de *soft law* e a capacidade transversal do Direito Europeu vigente na resposta a dar a alguns dos desafios jurídicos suscitados pelas plataformas colaborativas.

Certo é que a chegada das plataformas colaborativas, independentemente da evolução futura que venham a ter, levou à modificação de comportamentos em sectores frequentemente pouco dinâmicos ou inovadores – atendendo ao facto de muitos serem incumbentes – provocando o que alguns designam como um choque eléctrico em muitas indústrias que levou ao aumento da qualidade e eficiência de serviços anteriormente prestados sem concorrência ampliando, dessa forma, o bem-estar dos consumidores.⁶⁶ A qualificação jurídica destas é, por tudo isto, essencial para determinar o quadro regulatório aplicável à economia colaborativa.

⁶⁴ Alguns municípios em Portugal têm equacionado a aplicação de limites à oferta de alojamento local condicionando, dessa forma, a actividade prosseguida por plataformas colaborativas como a *Airbnb* na oferta de alojamento local.

⁶⁵ Como bem observa a Autoridade da Concorrência no Relatório sobre Concorrência e Regulação no Transporte de Passageiros em Veículos Ligeiros, p. 46, o enquadramento regulatório deve respeitar os três pilares da regulação eficiente: i) necessidade, ii) proporcionalidade e iii) não discriminação. A International Transport Forum, no documento de 2016 designado “*App-based ride and taxi services: Principles for regulation*” (disponível em <https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/app-ride-taxi-regulation.pdf>, p. 30) propõe dez princípios para a regulação que deve (i) limitar-se a corrigir falhas de mercado; (ii) assentar nas ferramentas mais eficientes; (iii) ser tecnologicamente neutra e não-discriminatória entre operadores; (iv) permitir a avaliação regular do impacto; (v) assegurar a partilha de responsabilidades regulatórias; (vi) ser clara e facilmente compreensível; (vii) ser adaptável; (viii) ser objectiva; (ix) basear-se em princípios económicos fundamentais e (x) ser inclusiva relativamente a todos os grupos sociais.

⁶⁶ Assim, cfr. DAMIEN GERADIN, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* (November 20, 2015). Competition Policy International (2015); George Mason Law & Economics Research Paper n.º 15-53, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2693683> e MARGHERITA COLANGELO / MARIATERESA MAGGIOLINO, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, p. 188: “(...) the best way to fight illegal business models is to develop legal business models that are equally good and efficient. After all, this is what the experience about copyright piracy teaches us.”

Bibliografia citada

- AGHION, Philippe / BECHTOLD, Stefan / CASSAR, Lea / HERZ, Holger, *The Causal Effects of Competition on Innovation: Experimental Evidence*, in *The Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 34, n.º 2, 2018, pp. 162-195
- AMATO, Alessio Di, *Uber and the Sharing Economy*, in *The Italian Law Journal*, vol. 02, number 01, pp. 177-190
- AKAMAN, Pinar, *A competition law assessment of platform most-favored customer clauses*, in *Journal of Competition Law and Economics*, n.º 12 (4), 2016, pp. 781-833
- AUER, Dirk / PETIT, Nicolas, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy* (January 20, 2015), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2552337>
- BANICEVIC, Anita / KOHLMEIER, Gabrielle Z.A. / PECHERSKY, Dajena / HOWLETT, Ashley, *ALGORITHMS: challenges and opportunities for antitrust compliance*, Special Report, in American Bar Association-SAL Compliance And Ethics Committee Spotlight – Antitrust Law, fall 2018
- BUSCH, Christoph *The sharing economy at the CJEU: does Airbnb pass the “Uber test”?*, in *EuCML*, issue 4/2018
- CARLTON, Dennis W. / WINTER, Ralph A. *Vertical Most-Favored-Nation Restraints and Credit Card No-Surcharge Rules*, in *The Journal of Law and Economics* 61, n.º 2 (May 2018), pp. 215-251
- COLANGELO, Margherita / MAGGIOLINO, Mariateresa, *Uber and the challenges for antitrust – law and regulation*, disponível em <http://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2018/02/Colangelo.pdf>
- COLANGELO, Margherita / MAGGIOLINO, Mariateresa, *Uber in Europe: are there still judges in Luxembourg?* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 32-37, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf
- COLANGELO, Margherita, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 8 (1), pp. 3-14

- CULLEN, Zoe / FARRONATO, Chiara, *Outsourcing Tasks Online: Matching Supply and Demand on Peer-to-Peer Internet Platforms*, working paper disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/b50f/b4df2c1463973c6e3b738bf90db7b5f8cccf.pdf>
- DENG, Ai, *What Do We Know About Algorithmic Tacit Collusion?*, in *Antitrust Magazine*, n.º 33, 1, 2018, pp. 88-95
- ECKHARDT, Giana M. / BARDHI, Fleura, *The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*, *Harvard Business Review*, 2015, disponível em <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>
- EINAV, Liran / FARRONATO, Chiara / LEVIN, Jonathan, *Peer-to-Peer Markets*, in *Annual Review of Economics*, vol. 8, issue 1, 2016, pp. 615-635, disponível em <https://web.stanford.edu/~leinav/pubs/AR2016.pdf>
- EVANS David S. / SCHMALENSEE, Richard *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*, Working Paper 18783, 2012, disponível em <http://www.nber.org/papers/w18783>
- EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in *European Competition Journal*, volume 11, issue 2-3, (2015), pp. 488-519
- EZRACHI, Ariel A. / STUCKE, Maurice E. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, CCLP Working Paper 40, Oxford, 2015
- FALCONI, Riccardo, *Uber: Has digital economy disrupted competition law?*, September 2018, *Revista Concurrências* n.º 3-2018, art. n.º 87312
- FARIA, Tânia Luísa, *Direito da Concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas*, in *Revista Concorrência e Regulação*, ano VIII, n.º 29 – Jan/2017 a Mar/2017, pp. 107-137
- GARCÉS, Eliana, *Data collection in online platform businesses: a perspective for antitrust assessment*, in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 17-25, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf
- GERADIN, Damien, *Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case* (April 5, 2016), disponível em <https://ssrn.com/abstract=2759379>
- GERADIN, Damien, *Uber and the Rule of Law: Should Spontaneous Liberalization Be Applauded or Criticized?* (November 20, 2015). *Competition Policy*

International (2015); George Mason Law & Economics Research Paper n.º 15-53, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2693683>

GHUMAN, Parveer S, *Analysis of Competition Cases Against Uber Across the Globe, working paper*, CUTS International, março de 2017, p. 6, disponível em http://www.cuts-ccier.org/pdf/Analysis_of_Competition_Cases_Against_Uber_Across_the_Globe.pdf

HATZOPOULOS, Vassilis, *The collaborative Economy and EU Law*, Bloomsbury, Hart Publishing, 2018

KAPLAN, Roberta A. *Regulation and the Sharing Economy*, in NYLJ, volume 252 – issue 12

KOOPMAN Christopher *et alli*, *The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change* (May 15, 2015), in The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law, Vol. 8 Iss 2, 2015, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2535345>

PASSARO, Nick, *Uber has an antitrust litigation problem, not an antitrust problem* in AAVV., *Diving into online platforms*, Competition Policy International, 2018, pp. 38-32, disponível em https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/05/AC_May.pdf

PEYER, Ben Holles De, *EU merger control and big data*, in Journal of Competition Law & Economics, 13(4), pp. 767–790

RITTER, Cyril, *Antitrust in two-sided markets: looking at the U.S. Supreme Court's Amex case from an EU perspective*, in Journal of European Competition Law in Practice, 2018, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/advance-article/doi/10.1093/jeclap/lpy077/5281284>

RODRIGUES, Nuno Cunha, *Os novos muros da Europa*, *Análise Europeia*, Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus, Faculdade de Letras, maio de 2017, volume II, n.º 3, pp. 198-207 (disponível em http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/an%C3%A1lise_europeia_2_3_2017.pdf)

RODRIGUES, Nuno Cunha, *A regulação da Saúde*, in AAVV., *Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 613-651

RODRIGUES, Nuno Cunha, *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, Coimbra, 2013

SELLONI, Daniela, *Codesign for public-interest services*, Springer, 2017

- SMITH, Evan, *The Techlash Against Amazon, Facebook, and Google—and What They Can Do*, in *The Economist* (20 de janeiro de 2018), disponível em <https://www.economist.com/briefing/2018/01/20/the-techlash-against-amazon-facebookand-google-and-what-they-can-do>
- STUCKE, Maurice E., *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper n.º 349, 2018, pp. 275-324 disponível em <https://ssrn.com/abstract=3144045>
- TIROLE, Jean / ROCHET, Jean-Charles, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, June 2003, 1(4), pp. 990-1029, disponível em <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>
- VERGÉ, Thibaud, *Are price parity clauses necessarily anticompetitive?*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/01/CPI-Verge.pdf>