

## Relatório Francês<sup>1</sup>

### A Finalidade do Direito Francês da Concorrência

Marie-Anne Frison-Roche

Professora das universidades na SciencesPo (Paris).

1. Antes de abordar as questões sobre as quais me haviam pedido que refletisse, gostaria de estabelecer alguns prolegômenos, em razão do que foi tão perfeitamente explicitado:

#### PROLEGÔMENOS

2. O que acaba de ser analisado permite várias observações comparativas, antes de abordar a própria questão da finalidade do direito francês da concorrência. Com efeito, considerando o que foi desenvolvido a respeito do direito brasileiro da concorrência, sem dúvida devido à sua proximidade com os Estados Unidos, a perspectiva foi na origem a mesma, ao menos do ponto de vista disciplinar. Assim, desde o início da legislação contra os abusos de comportamento anticoncorrencial, o *Sherman act*, economistas debateram as finalidades mais adequadas para conferir a um direito, cujo caráter instrumental não era posto em dúvida<sup>2</sup>.

1 Relatório entregue aos organizadores da presente obra entre junho de 2010 e dezembro de 2011. Tradução de Paula Varjão Cruz.

2 Ver p. ex. POSNER, R. *Antitrust Law: an economic perspective*. The University of Chicago Press, 1984.

3. No entanto, convém assinalar em primeiro lugar que, na França, tal proximidade não ocorreu e que o direito da concorrência foi mais uma excrecência do direito civil, pela responsabilidade que possui um comerciante em relação a um outro por uma responsabilidade desleal, enquanto que o direito do mercado concorrencial no sentido estrito, por sua vez, emergiu do direito penal para sancionar comportamentos próximos àqueles observados durante a Segunda Guerra Mundial, num mercado negro que prosperava graças à rarefação dos produtos, antes de se tornar um guardião de um princípio de livre concorrência que só foi proclamado na França através de uma Ordenança de 1º de dezembro de 1986<sup>3</sup>.

4. Essa falta de proximidade com os Estados Unidos, que distingue a França do Brasil, não é somente histórica e geográfica; ela é também disciplinar. Com efeito, como foi lembrado, foram os economistas que construíram no continente americano, tanto do Sul como do Norte, o direito da concorrência, por meio de diversas escolas, é verdade, mas no seio de uma só disciplina. Porém, na França, durante muito tempo, foram sobretudo as pessoas formadas em direito, os magistrados notadamente, ou as pessoas formadas em administração pública, pela Escola Nacional de Administração (o ENA), que aplicavam o direito do mercado concorrencial. Este é institucionalizado nas autoridades administrativas, que são geralmente presididas por pessoas tendo cursado a ENA e não por economistas.

5. Isso leva, por exemplo, a uma louvável preocupação com o procedimento, coração da cultura judicial, a uma presença forte de raciocínios característicos do direito público, o que se mostra estruturante quando a concorrência é, ao revés, intelectualmente ligada ao liberalismo.

Essa sociologia da elite francesa, que concebe e conduz o direito da concorrência, empregando-o como um instrumento para fins que dependem também do tipo de estudos precedentemente realizados, que ainda raramente são estudos de economia, explica certas singularidades francesas. Observamos aliás, hoje, uma evolução em direção a uma maior integração de economistas no direito francês da concorrência, notadamente através das pessoas que exercem funções de responsabilidade no seio da Autoridade da Concorrência.

6. A segunda observação se deve ao fato de que hesitamos, mesmo agora, em falar em "direito francês da concorrência", de tanto que

3. Ver *infra* n. 54.

- este está integrado ao direito da União Europeia<sup>4</sup>. Por conseguinte, se o direito francês não é mais do que uma subparte do direito europeu, deve-se simplesmente determinar a finalidade do direito da União Europeia para que apareça aquela do direito francês. O que vale para o todo, vale para a parte.
7. Ora, esse direito da União Europeia possui como objeto a proteção do mercado livremente concorrencial. Em tempos normais, devido à fragmentação do mercado e ao fato de que os mercados que aí negociam sofrem uma abstração em razão de a moeda permitir a troca paritária de coisas concretamente diferentes, a falência de um agente é a marca do bom funcionamento de um mercado concorrencial. Joseph Schumpeter mostrou que o mercado através dessa "autorregulação" elimina o agente econômico inadaptado.
8. Assim, o direito da concorrência tem como finalidade reagir em casos de comportamento anticoncorrencial (abuso de posição dominante ou cartel) e restaurar o mercado, sancionando o autor do comportamento reprovável e doloso. Nesse sentido, o direito da concorrência é um direito *ex post*, que só é ativo em caso de violação da regra por um comportamento desviante de um operador. O direito europeu estabelece o princípio da livre concorrência desde o Tratado de Roma de 25 de março de 1957. Foi somente muito mais tarde, através de um regulamento comunitário de 21 de dezembro de 1989, que a Europa se dotou igualmente de um sistema de controle de concentrações, que permite à Comissão Europeia controlar *ex ante* as concentrações de empresas que poderiam causar dano ao livre funcionamento concorrencial dos mercados.
9. Se a falência ultrapassa o agente e atinge o sistema inteiro, ela não assinala uma inadaptação de um operador, mas uma colocação em risco do sistema inteiro, então o direito da concorrência deixa de ser aplicado diante de um risco identificado como sistêmico. Assim, a Comissão Europeia em outubro de 2009 deixa de aplicar o direito da concorrência, permite os auxílios estatais, pronuncia isenções.
10. Em direito francês, a questão da finalidade do direito da concorrência é essencial, pois se trata de um direito teleológico, ou seja, um direito governado por seus fins, um direito concebido como um instrumento. Nesse sentido, o direito da concorrência é geralmente apresenta-

4 Ver *infra* n. 28 e s.

do como o melhor exemplo do direito econômico, pois ele possui seu centro fora de si mesmo: o mercado, que é uma noção e uma construção econômica<sup>5</sup>. Vê-se, assim, facilmente, no direito da concorrência, um "direito serviente", um direito "a reboque" da economia e ele sem dúvida não está altamente situado na hierarquia implícita das Faculdades de direito e na teoria jurídica. Para os outros ramos do direito, que possuem uma autonomia normativa e disciplinar mais forte, a questão da finalidade pertence mais à sociologia do direito; em direito da concorrência, ela é de direito positivo, pois é a finalidade da regra que indicará a interpretação a ser acatada e a solução a ser extraída.

11. Essa definição do direito da concorrência através de seus fins explica que a preocupação primeira do direito da concorrência (a preocupação deve ser distinguida da finalidade, mas as duas são próximas) seja sua efetividade. Com efeito, num direito inteiramente concentrado em suas finalidades, cujas autoridades tomam decisões para concretizar não tanto mais a regra, mas os objetivos servidos por ela, então a efetividade da concretização das finalidades perseguidas torna-se capital<sup>6</sup>. Nessas condições, determinar e fixar a finalidade do direito da concorrência é uma exigência positiva, para que o direito da concorrência escape à arbitrariedade daqueles que possuem o poder legítimo de manipulá-la.

12. Essa preocupação de atingir com eficácia suas finalidades, ligada à natureza instrumental do direito da concorrência, conduz a esse paradoxo que, quanto mais ele for serviente, mais será imperioso. Assim, o direito francês faz com que os outros ramos do direito se curvem perante o direito da concorrência.

13. Por exemplo, o "serviço público", que certamente não se define pela existência de um monopólio público<sup>7</sup>, mas que ainda assim toma frequentemente esta forma, deve admitir sua submissão às categorias do direito da concorrência. Assim, tomando apenas um exemplo no que concerne ao direito administrativo, quando o Tribunal de Justiça

---

5 Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, *L'ordre concurrentiel*, Paris: Frison-Roche, 2003, 686 p.

6 J. DREXL, L. IDOT et J. MONÉGER (dir.): *Economic theory and competition law*. Ascola, London: EE Publisher, 2009.

7 R. DENOIX DE SAINT-MARC. *Le service public, rapport au Premier Ministre*. Paris: Documentation Française, 1996.

das Comunidades Europeias enunciou que só a necessidade de um equilíbrio financeiro global, que permitisse aos Correios belgas continuar a distribuição do correio normal, justificaria a atribuição em seu favor, por decreto, de um monopólio sobre o correio rápido, mercado distinto<sup>8</sup>, um professor intitulou seu comentário: "O serviço público está morto". Do mesmo modo, foi preciso esperar os casos *Million et Marais*, do Conselho de Estado, de 3 de novembro de 1997<sup>9</sup>, para que este aplicasse às pessoas públicas o direito da concorrência.

14. Do mesmo modo, o direito da concorrência, por ele ser visto como o mercado dotado de forma jurídica, é igualmente apreendido por numerosos juristas franceses como sendo o ramo do direito que possui como vocação, logo como finalidade implícita e mecânica, o desaparecimento de todo objeto que não seja um objeto de mercado. Esta é, por exemplo, a posição do professor Alain Supiot, que estima que o sistema jurídico deve utilizar sua potência dogmática para estabelecer e defender os direitos sociais como o direito da concorrência, que exprime o "mercado total"<sup>10</sup>. Verifica-se, assim, que, na França, a determinação da finalidade do direito da concorrência não é apenas uma questão jurídica e econômica, ela é igualmente uma questão política.

15. Assim, o direito da concorrência é frequentemente visto como muito brutal. Isso se deve ao fato de que, como o mercado, ele apreende de maneira abstrata os operadores, os comportamentos e os bens que circulam nos mercados. Assim, uma disposição do Tratado da União Europeia enuncia a regra da "neutralidade do capital", ou seja, que é indiferente saber se a empresa é pública ou privada, a partir do momento em que ela desenvolve uma atividade econômica. Ela se tornará só por esse fato um "sujeito de direitos" do direito da concorrência. Do mesmo modo, o juiz francês não hesitou em condenar uma repartição de um Ministério, a partir do momento em que esta possuía uma atividade econômica, ou seja, oferecia um serviço respondendo a uma demanda, no caso em questão, previsões meteo-

---

8. CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, Rec. 320/91-2533.

9. Conseil d'Etat, 3 nov. 1997, *Million et Marais*.

10. A. SUPIOT, La justice sociale saisie par la régulation, in *Justice et Droits Fondamentaux*, études offertes à Jacques Normand. Paris: Litec, 2003, p. 427-438. D'une façon plus générale, voir aussi A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*. Les droits sociaux face au marché total. Paris: Le Seuil, 2010.

rológicas<sup>11</sup>. Assim, o mecanismo puramente jurídico da personalidade jurídica é transparente para esse direito regressivo, que só “enxerga” empresas, elas mesmas definidas por suas atividades. Tudo se volta, então, ao mercado, à oferta e à demanda.

16. Do mesmo modo, o direito da concorrência deve sua brutalidade a um arcaísmo cientemente adotado para desmontar os obstáculos que o próprio direito poderia opor à sua vontade de eficácia. Assim, a personalidade jurídica é estilhaçada, a empresa como “entidade econômica e social” torna-se sujeito de direitos e continua a existir, inclusive na sua aptidão a ser responsabilizada, apesar das mudanças de personalidade jurídica no tempo.

17. Assim, o direito da concorrência, nessa abstração que o opõe ao direito de regulação<sup>12</sup>, tende a ver, nas convenções coletivas, cartéis (desrespeitando, assim, o direito do trabalho), ou, nas sociedades de gestão coletiva, direitos de autor, estruturas anticoncorrenciais (a autoridade de concorrência não levando em conta o direito da propriedade literária e artística). O confronto é mais claro ainda entre o direito da concorrência e a propriedade industrial, pois a patente confere um monopólio, o que o direito da concorrência admite dificilmente. Os setores farmacêutico ou informático são dependentes dos textos ou das decisões do direito da concorrência nesta matéria.

18. Assim, o direito francês está, atualmente, totalmente impregnado do direito da União Europeia. O juiz francês é, aliás, juiz direto do direito da União Europeia e um sistema de questão prejudicial o autoriza, em caso de dificuldade, a suspender o julgamento, transmitir ao Tribunal de Justiça da União Europeia (CJUE) que emite a interpretação do texto da União em causa, interpretação que o juiz francês deverá obrigatoriamente adotar para trazer uma solução ao caso que lhe foi submetido.

19. Apesar disso, e aí reside uma dificuldade central da integração europeia, as finalidades do direito da concorrência no direito da União Europeia não são as mesmas que no direito francês. Com efeito, se o projeto europeu se dotou imediatamente de um direito do mercado concorrencial, segundo a vontade de seus idealizadores, notadamente Jean Monnet, foi, em apoio às três liberdades (das pessoas, dos bens e dos capitais), para que as fronteiras nacionais se enfraquecessem e que um mercado interior se construísse, a fim de que os povos euro-

11 O. Com., 12 décembre 1995, *Météo France*.

12 M.-A. FRISON-ROCHE, Regulation versus competition, *The Journal of Regulation*, n. 7, 2011, I-1.30, p. 550-559.

peus, que acabavam de sair de uma terrível guerra, não retomassem mais as armas uns contra os outros. Assim, a concorrência era, para Jean Monnet, o primeiro passo, econômico, do projeto de uma Europa política, essencialmente ligada à necessidade de paz<sup>13</sup>. Logo, esse mercado interior só poderia ser construído se os Estados-membros ou as empresas nacionais não reconstruíssem suas fronteiras, através de campeões nacionais, auxílios estatais etc.

20. Assim, a finalidade do direito europeu é a *construção de um mercado interior*, mercado que, em si mesmo, é pensado como um instrumento para um fim, que é a Europa política, cuja governança ainda resta encontrar. Essa configuração não é encontrada em direito francês. Com efeito, como nos Estados Unidos, no Brasil etc., o mercado já existe. Ele não constitui um projeto econômico, menos ainda um projeto político. Por isso, é preciso apenas cuidar para que seu funcionamento, que reside no ajustamento da oferta e da demanda, seja efetivamente concorrencial e, para tanto, é preciso que os comportamentos anticoncorrenciais sejam sancionados. A finalidade do direito francês é, então, a *proteção dos mercados*.
21. Compreende-se por que as duas finalidades se distinguem. Como o direito da concorrência é teleológico, daí resulta que a autoridade de concorrência, que deve apenas proteger os mercados, ou seja, reagir simplesmente quando eles são deteriorados por um comportamento anticoncorrencial ou ameaçados pela mudança estrutural advinda de uma concentração, não precisa dos poderes de coerção que uma autoridade de concorrência que deve construir um mercado possui. É por isso que as autoridades de concorrência da União Europeia deveriam ter muito mais poderes e a autoridade francesa de concorrência, muito menos.
22. Mas se afirmarmos, por outro lado, que o direito francês da concorrência está integrado ao direito da União Europeia<sup>14</sup>, então a autoridade francesa de concorrência vai reivindicar os mesmos poderes: a parte vai pedir os mesmos poderes que o todo, através de um tipo de metonímia normativa; a pequena vai pedir os mesmos poderes que a grande. Assim, sem fundamento em qualquer texto, mas pelo único fato de que a

---

13 M.-A. FRISON-ROCHE, *La construction du marché intérieur, expérience d'affrontement dialectique entre le droit international privé et le droit de la régulation, in Conflits de lois et régulation économique*, coll. Droit et Economie, Paris: LGDJ, 2008, p. 261-273.

14 Ver *supra* n. 6 e s.

Comissão Europeia o faz, a autoridade nacional, declinando os trabalhos europeus à escala nacional, vai realizar estudos setoriais e colocar certos mercados sob vigilância. Como se ela pretendesse se intrometer em sua evolução, como se ela quisesse construí-los.

23. Assim, é oportuno retornar à minha primeira observação<sup>15</sup>, a saber, a influência dos Estados Unidos e dos economistas. Com efeito, em razão da potência dos primeiros e da influência dos segundos, o direito da concorrência é o único ramo do direito que é por vezes apresentado como universal, pois assim seria a própria noção de mercado<sup>16</sup>. Isto não é bem assim e as poucas linhas abaixo referentes à diferença fundamental de finalidade entre o direito francês e o direito da União Europeia, dois direitos, todavia, imbricados, são suficientes para mostrar que o direito da concorrência é, como os outros ramos do direito, construído sobre pressupostos políticos, noções doutrinárias, raciocínios judiciais confirmados etc. Assim, enquanto o direito da concorrência pretende facilmente se mover no "global", continua sendo pertinente aplicar-lhe a metodologia que constitui o direito comparado.

24. Postos estes prolegômenos, é oportuno considerar as questões tal como formuladas pelos editores brasileiros desta obra. Estes perguntaram em que medida o objeto do direito da concorrência está definido na legislação francesa (I), em que medida a autoridade de concorrência vê suas margens de discricionariedade limitadas por outros direitos ou outros organismos (II), quais são as medidas tomadas para evitar os problemas relacionados à insegurança jurídica (III), quais são as origens das mudanças no direito francês da concorrência (IV) e qual é a participação da política industrial no direito da concorrência (V). O presidente da mesa adicionou a questão de saber se a crise econômica atual poderia modificar as finalidades do direito da concorrência (VI).

## **I. EM QUE MEDIDA O OBJETO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA JÁ SE ENCONTRA DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO FRANCESA?**

25. Se quisermos considerar que, num direito teleológico, o objeto do direito é constituído por sua finalidade<sup>17</sup>, a primeira finalidade que

<sup>15</sup> Ver *supra* n. 2 e s.

<sup>16</sup> Para um protesto contra essa afirmação, ver A. Supiot, *prec.*

<sup>17</sup> Ver *supra* n. 10.

foi definida é a *lealdade do comportamento concorrencial*. Isso foi expresso pela jurisprudência, sob o fundamento único do art. 1.382 do Código Civil, que afirma o princípio geral da responsabilidade por culpa. No início, a teoria dita da "concorrência desleal" visava apenas a relação bilateral entre dois comerciantes e a doutrina tradicional afirmava frequentemente que essa teoria pertencia ao direito civil, enquanto que o direito do mercado concorrencial, cuja aplicação supõe sempre a determinação do mercado pertinente, antes que o comportamento incriminado seja examinado, seria radicalmente diferente.

26. Felizmente, isso foi contestado. Com efeito, a exemplo do mercado, o comportamento concorrencial, que supõe uma agressão, uma vontade de desviar a clientela do outro em seu favor, é fundado no princípio de liberdade, a livre iniciativa protegida em nível constitucional. É por isso que o dano concorrencial, mesmo em matéria cível, somente dá direito à indenização em favor do comerciante que é vítima se aquele que for beneficiário o tiver cometido com dolo ou culpa. Mas, enquanto que, em direito comum da responsabilidade, a mais leve das culpas é suficiente para obrigar o responsável, a jurisprudência exige um dolo qualificado para condenar o comerciante por concorrência desleal, por exemplo, por difamação ou por manobras para que o consumidor faça uma confusão entre os produtos dos dois comerciantes em questão.

27. Podé-se reunir esses comportamentos repreendidos (definição negativa) numa definição positiva, a saber, uma obrigação de lealdade. Ora, através de um movimento que a Comissão Europeia designou como sendo aquele da "civilização do direito da concorrência", o direito do mercado concorrencial impõe ele também, encontrando-se ao avesso do direito civil da concorrência desleal, o imperativo de lealdade, a autoridade europeia de concorrência organizando o acesso das empresas vítimas à autoridade e facilitando sua indenização. A essa finalidade, corresponde essencialmente a ferramenta da reparação.

28. A **segunda finalidade** expressamente afirmada pelo direito francês é a sanção dos comportamentos anticoncorrenciais quando estes "estragam" o *livre funcionamento concorrencial do mercado cuja proteção se faz mister*. A teoria do efeito sensível mostra que é mesmo em reação a uma deterioração do mercado que o direito da concorrência sanciona cartéis, sobretudo os horizontais, e os abusos de posição, absolutos ou relativos. O fato de a lei francesa, ou a Comissão Europeia, poder obter isenções por comportamentos de cartel, por exemplo,

acordos verticais ou transferências de tecnologias assegurando a preservação de monopólios por meio de propriedade intelectual ou de acordos para pesquisa e desenvolvimento, mostra que a segunda finalidade é a preservação do livre funcionamento concorrencial do mercado. A essa finalidade corresponde essencialmente o instrumento da multa como sanção e "remédio" para reabilitar o mercado e evitar que o comportamento danoso se renove.

29. A **terceira finalidade** é o *interesse do consumidor*. Ele sempre foi posto em relevo pelo direito inglês e é, hoje, amplamente mencionado pela Autoridade da Concorrência. Isso é relativamente novo. Com efeito, considerava-se classicamente que a proteção do bom funcionamento do mercado e o atendimento do interesse do consumidor final eram consubstanciais. Aliás, o consumidor visado pelo direito da concorrência era "abstrato", pois ele servia mais a medir o justo preço do que a constituir um sujeito de direito autônomo no direito da concorrência. Este é, precisamente, seu *status* no direito do consumidor<sup>18</sup>.
30. Assim, articulavam-se o direito do mercado concorrencial, cujo mercado era a finalidade, sobre o qual alguns puderam sustentar que o próprio mercado era o sujeito de direito, ramo construído sob uma ordem pública de direção, e o direito do consumidor, preocupado com o consumidor, com a sua informação efetiva, com o desequilíbrio contratual etc., ramo construído sob um direito público de proteção. A Autoridade da Concorrência evoluiu e, atualmente, sustenta, à moda inglesa, que a sua função primeira é a repartição do superávit coletivo, ou seja, a proteção do consumidor.
31. A **quarta finalidade** é propriamente europeia e foram expostas as dificuldades geradas por esta especificidade (na medida em que o direito francês, que não conhece esta finalidade, está, ainda assim, integrado ao direito da União Europeia): trata-se da *construção do mercado interno*<sup>19</sup>. Essa finalidade justifica a proibição dos auxílios estatais. Esse instrumento corresponde a uma finalidade quase exógena ao direito da concorrência, pois ele corresponde mais ao projeto do que deveria ser o projeto de uma Europa política<sup>20</sup>.

18 PAYET, M.-S. *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris: Dalloz, 2001.

19 Ver *supra* n.19 e s.

20 Ver *supra* n.19.

32. A **quinta finalidade** pode ser apresentada como uma antologia de tipos de "*finalidades cinzas*" (já que se fala em "cláusulas cinzas"), porque o direito francês da concorrência organiza, com imprecisão, regras, ou seja, num direito teleológico e instrumental, ferramentas, sem exprimir a finalidade destas. Pode-se estimar que isso causa uma grande desordem. O mesmo ocorre com o *controle de concentrações*.
33. Antes da *lei relativa à modernização da economia*, de 4 de agosto de 2008, o controle de concentrações era exercido pelo Ministro da Economia, aconselhado por seus serviços ministeriais (a Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão de Fraudes - DGCCRF) e pela autoridade de concorrência, que formulava um parecer sobre as consequências da concentração na concorrência. Munido dessas perícias, o Ministro, homem político responsável politicamente diante do Parlamento, tomava uma decisão administrativa, que podia estabelecer um equilíbrio entre a dimensão concorrencial e outras considerações, sociais, de planeamento do território, de defesa, de autonomia nacional, de política industrial etc. A lei precitada transferiu esse controle de concentrações à autoridade, que se tornou a Autoridade da Concorrência. Mas, qual é a finalidade do controle que ela exerce? Simplesmente a preservação futura do livre funcionamento concorrencial? Se a Autoridade da Concorrência opera um equilíbrio, como o fazia precedentemente o Ministro, que legitimidade ela possui para fazê-lo? Quando sabemos que o maior dos poderes agora frente a empresas por vezes mais poderosas que os Estados consiste no controle de concentrações, a indefinição em torno dessa finalidade é inquietante, em razão das consequências que isso implica quanto à legitimidade do organismo que exerce essa competência.
34. Pertencem, então, a esses tipos de finalidades cinzas a *inovação ou as políticas industriais*, que a autoridade de concorrência assimila, geralmente de modo negativo, para justificar comportamentos comumente sancionados, mas aqui justificados, por exemplo, pela inovação. A autoridade de concorrência que acolhe essas finalidades cinzas se comporta, então, como um regulador, pois ela não exerce mais a função de proteger a concorrência, mas a de *incitar os operadores* a comportamentos que lhe pareçam desejáveis. É confundir direito da concorrência e direito da regulação. Isso se concebe perfeitamente no âmbito da União Europeia, pois se trata de construir mercados, setores, em suma, a própria Europa (por exemplo, em matéria de transporte). Em direito nacional, isso deveria ainda ser um assunto do Estado.
35. A **sexta finalidade** na qual podemos pensar é a prevenção e a gestão de *riscos*. *A priori*, o direito da concorrência não possui essa finalidade;

pois, ao contrário, aquele que entra num mercado (e ninguém é obrigado a assumir o risco de empreender uma atividade econômica autônoma) arrisca para ganhar e seduzir investidor e cliente (capitalismo), assumindo a perda (falência). O mercado funciona sob esse equilíbrio. São regulações setoriais que, inversamente ao direito da concorrência, em matéria de saúde, de alimentação, de imprensa, de bancos, de finanças etc., preveem e gerenciam os riscos, bloqueando a concorrência. É por isso que, nas entrelinhas, pode-se também dizer que o direito da concorrência deve pensar sobre essa finalidade para se afastar melhor dela. Ele o faz expressamente com isenções.

36. Assim, a *crise das subprimes* justificou que a Comissão Europeia adotas-se regulamentos de isenção para permitir aos Estados ajudar o setor bancário e de seguros. Às vezes, guardar em mente que a questão das crises não é uma finalidade é importante pois a autoridade de concorrência não deve então desencadear o uso de seus instrumentos poderosos, por exemplo sobre a organização bancária. De fato, a autoridade de concorrência tem tendência a pensar que suas funções se sobrepõem em todos os setores, inclusive nas finalidades próprias a estes, o que pode implicar conflitos de finalidade com os reguladores setoriais.
37. Pode-se, assim, constatar que, independentemente da dificuldade fundamental nascida da diferença de finalidade entre o direito francês e o direito europeu da concorrência, a despeito de o primeiro estar integrado ao segundo, há mais de cinco finalidades relacionadas ao direito da concorrência, por leis ou pela própria autoridade de concorrência. Como a normatividade, o guia da interpretação e, finalmente, o poder estão nas finalidades, essa pluralidade é inquietante e acaba causando um problema de legitimidade.
38. Será oportuno retornar a este ponto, ainda que por meio da segunda questão, relativa às margens de discricionariedade da autoridade de concorrência.

## **II. EM QUE MEDIDA A AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA VÊ SUAS MARGENS DE DISCRICIONARIEDADE LIMITADAS POR OUTROS DIREITOS OU OUTROS ORGANISMOS?**

39. A *pluralidade das finalidades*, na medida em que estamos num direito teleológico, que as finalidades não estão hierarquizadas entre si, que elas estão no centro dos raciocínios, mas que são ponderadas segun-

do os casos; e isso às vezes implicitamente, oferece à autoridade de concorrência uma ampla margem de discricionariedade. Os economistas afirmam que a única legitimidade para uma autoridade independente, pois é o que a torna controlável, é de atribuir-lhe apenas uma finalidade.

40. Como este não é o caso, convém observar se outros direitos limitam o poder da autoridade de concorrência. Cada um conhece o "imperialismo" do direito da concorrência, sem dúvida relacionado àquele do mercado, seu gêmeo siamês. O direito da concorrência é um direito que é bem pouco "jurídico". É precisamente isso o que critica o professor Alain Supiot<sup>21</sup>, pelo fato de ele ignorar o que o direito afirmou dogmaticamente, fora da natureza das coisas.
41. Assim, o *direito dos contratos* não é um freio, pois o mercado funciona com "contratos de troca", forma jurídica da atonicidade e do imediatismo dos movimentos de mercado, enquanto que ele mal consegue suportar os "contratos de organização"<sup>22</sup> – por exemplo, aqueles sobre os quais são construídas as redes de distribuição integrada –, ainda que os regulamentos de isenção os tenham tornado suportáveis. Mas esses regulamentos redigidos pela Comissão Europeia não consistem em dar liberdade aos operadores, eles consistem para a autoridade em escrever o contrato cuja validade ela já afirma que admitirá. Trata-se de um tipo de estatuto legal.
42. Mais ainda, de um modo mais recente e na encruzilhada primeiramente do controle das concentrações, a autoridade de concorrência, conforme lhe permite a lei *relativa à modernização da economia* de 4 de agosto de 2008 precitada, como o faz igualmente a Comissão Europeia, concede sua autorização de concentração, enquanto que as partes se comprometem (*remedies*) a ceder seus ativos (remédios estruturais), ou a obrigações de fazer ou de não fazer (remédios comportamentais). Deste modo, a autoridade de concorrência aumenta consideravelmente seu poder "contratando" com os operadores, que se vinculam à autoridade para obter a autorização desta.

---

21 Prec.

22 Sobre esta distinção, ver P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat-organisation, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré. Paris: Dalloz/PUF/éd. du Juris-classeur, 1999, p. 635-642.

43. Os outros ramos do direito são quase transparentes, seja se tratando do direito penal, o direito penal da concorrência sendo muito pouco aplicado, do direito da propriedade intelectual, cujas autoridades só admitem a legitimidade através do conceito precitado de inovação, do direito dos contratos, atingidos de nulidade absoluta se constituírem o meio para comportamentos anticoncorrenciais.
44. Em contrapartida, é o *procedimento* que constitui o ramo do direito que freia a autoridade de concorrência. Com efeito, não é mais possível contar as decisões de justiça, também da Corte de Cassação, do Conselho de Estado ou do Tribunal de Justiça da União Europeia, que anulam as decisões das autoridades de concorrência, tanto francesa como europeia. Mais recentemente, a partir da reforma constitucional de 23 de julho de 2008 estabelecendo o controle *a posteriori* da constitucionalidade, o Conselho Constitucional francês passa a aumentar a efetividade dos direitos fundamentais. É possível, então, prever decisões do Conselho, tomadas sobre questão prioritária de constitucionalidade, que chamarão à ordem a autoridade de concorrência na sua obrigação de se conformar a todas as garantias do procedimento, a primeira delas sendo a exigência de imparcialidade.
45. Como o procedimento é o ramo que constitui de direito o contrapoder que equilibra o uso que as autoridades fazem de seus poderes, é lógico que os organismos que encarnarão essa necessidade de limitar os poderes sejam *órgãos jurisdicionais*, pois o procedimento é culturalmente o ramo do direito mais próximo dos juizes. Como a França não é um sistema político de *check and balance*, o limite tomará mais a forma de um controle vertical, através do controle judicial contra toda e qualquer decisão de uma autoridade de concorrência, seja ela francesa (diante da *Cour d'Appel* de Paris ou diante do Conselho de Estado) ou europeia (contestação das decisões da Comissão Europeia diante do Tribunal de primeira instância da União Europeia, depois, em segunda instância, diante do Tribunal de Justiça da União Europeia).
46. Mais próxima do sistema norte-americano, a autoridade de concorrência encontra limites prestando contas (*accountability*), por meio de um relatório anual apresentado publicamente e de uma prestação de contas diante do *Parlamento*. Esse método supõe uma capacidade dos interlocutores de mostrarem perspicácia e ceticismo. Não há certeza de que essas condições estejam ainda reunidas na França, ao passo que elas estão nos Estados Unidos.

### III. QUAIS SÃO AS MEDIDAS TOMADAS PARA EVITAR OS PROBLEMAS LIGADOS À INSEGURANÇA JURÍDICA?

47. O tema geral da segurança jurídica é relativamente *recente* no sistema jurídico francês, através da jurisprudência do Conselho Constitucional, que afirma a necessidade de satisfazer um direito de todos à segurança jurídica. Esse direito fundamental fundaria assim o objetivo constitucional do direito a uma lei acessível e inteligível.
48. O direito da concorrência, por natureza, dá ouvidos à preocupação da segurança jurídica dos operadores, sem que seja necessária uma formulação expressa pelo direito. Assim, praticamente não encontramos, no direito francês da concorrência, a expressão da necessidade da segurança jurídica, nem decisões censurando a autoridade de concorrência por ter causado uma insegurança jurídica prejudicial, em consideração da qual um litigante poderia entrar em juízo.
49. Em contrapartida, todo o sistema desse direito teleológico<sup>23</sup> está baseado na aplicação efetiva das regras e no fato de que essa aplicação produza os efeitos previstos, em consideração dos quais essas regras foram adotadas. Isso justifica, por exemplo, a teoria do efeito útil. Assim, para que as regras do direito da concorrência sejam efetivas, é preciso que elas sejam compreensíveis no tempo presente (clareza da regra) e no futuro (previsibilidade da regra). A racionalidade dos operadores, um dos postulados do direito da concorrência, conduz, então, estes últimos antes a não violar a regra do que a fazê-lo.
50. É por isso que, sem fazer da segurança jurídica um princípio autônomo, a autoridade de concorrência, tanto francesa quanto europeia, irá emitir *diretrizes* (*guidelines*), irá realizar consultas etc. Por exemplo, a Autoridade da Concorrência consulta e depois estabelece diretrizes para que se tornem previsíveis os cálculos das multas infligidas em caso de comportamentos anticoncorrenciais, para que os operadores e seus advogados aceitem o sistema inteiro do direito da concorrência.
51. Assim, o direito da concorrência assimila mecanicamente o tema da segurança jurídica e a autoridade de concorrência, nem que seja para assegurar sua *legitimidade*, busca oferecê-la às partes envolvidas. Mas a França, como outros países, e isso é inerente a esse tipo de instrumentos jurídicos, desenvolve mecanismos de *soft law*. Esta, que está no centro dos direitos econômicos, ponte de uma retórica permanente entre a

---

23 Ver *supra* n. 10.

autoridade administrativa de mercado e as partes envolvidas, possui a vantagem de produzir confiança (pois há discussão e coescritura dos textos), mas possui o inconveniente de não produzir efeitos obrigatórios. Logo, a Autoridade da Concorrência não está obrigada pelo que ela disse. Assim, enquanto que a *hard law* é confiável por natureza, a confiabilidade da autoridade torna-se incerta e condicionada.

#### **IV. QUAIS SÃO AS ORIGENS DAS MUDANÇAS NO DIREITO FRANCÊS DA CONCORRÊNCIA?**

52. É sempre difícil identificar as "origens" das mudanças. Elas podem ser uma teoria que circula nos textos ou uma pessoa que tenha assumido a presidência de uma instituição, ou uma mudança política de um governo que influencia, através do direito da concorrência, uma política econômica, ou uma mudança nas circunstâncias (estamos vivendo uma assim, através da crise financeira).
53. Resta que foi, antes de tudo, a *Europa* que mudou o direito francês da concorrência. Isso começou, primeiramente, do alto para baixo, pois o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE) tinha afirmado, desde 1962, através do caso *Costa*, que a ordem jurídica europeia é, ao mesmo tempo, autônoma do direito francês e integrada ao direito francês. Assim, a partir dos anos 1980, uma série de diretivas europeias liberalizaram os setores econômicos nacionais cruciais que são as telecomunicações, a eletricidade, o gás, os transportes, os correios etc. Assim, o direito da concorrência europeu penetrou através da Europa, introduzindo-se enquanto tal, mas também dando ordens de liberalização. Reguladores setoriais foram exigidos pela Comissão Europeia para que a concorrência fosse efetiva.
54. Através da Ordenança de 1º de dezembro de 1986, a chamada *Ordonnance Balladur*, o movimento caminhou do direito francês ao direito europeu, pois o Governo francês, sem coerção desta vez, decidiu estabelecer como princípio a liberdade dos preços, inscrita no art. 1º deste texto, fazendo do controle dos preços a exceção. A França deixava de ser uma economia planificada.

#### **V. QUAL É A PARTICIPAÇÃO DA POLÍTICA INDUSTRIAL NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA?**

55. A política industrial de uma empresa pertence à empresa, que presta contas dela a seus acionistas ou a seus investidores de capitais

ou de crédito. A política industrial de um setor (que pode, às vezes, reduzir-se a uma empresa) é de competência do *Governo*. Com efeito, a política industrial, que supõe escolhas políticas a longo prazo e investimentos, é de competência da Política e não do direito da concorrência.

56. Essa posição política – já contestável nas mãos de um *regulador*, mas compreensível, pois este intervém *ex ante* para construir um setor, as escolhas técnicas sendo intrinsecamente políticas e admissível por parte da Comissão Europeia, na medida em que ela emite uma “política da concorrência” para construir o mercado interior<sup>24</sup> – não é admissível por parte de uma autoridade de concorrência.
57. Além disso, a margem de discricionariedade que a possibilidade de realizar uma política industrial ofereceria a uma autoridade de concorrência não seria admissível<sup>25</sup>. A dificuldade vem do fato de que a política industrial não está integrada ao direito da concorrência, e nem poderia estar, porque o direito da concorrência conduz as autoridades de concorrência a proibir os Estados de exercer seu poder de desenvolver uma política industrial, a partir de objetos técnicos e jurídicos agora proibidos, como, por exemplo, ajudas financeiras trazidas a setores, os “campeões nacionais” ou projetos a longo prazo fixados pelo Estado. Assim, política industrial e concorrência parecem constituir um casal maldito na Europa<sup>26</sup>.
58. Ele é maldito, até o momento, porque a Europa é só jurídica e ordinariamente econômica (construção de um mercado concorrencial), enquanto que uma política industrial envolve política. Mas a Europa é, contudo, a solução e é em sua direção, através da noção de “*governança econômica*” da Europa, que se caminha. De fato, no nível da França, não se consegue resolver a oposição aporética entre um Governo, que seria legítimo para conduzir uma política industrial, mas defeso de o fazer pelo direito da concorrência, e uma Autoridade da Concorrência, que dispõe do poder do direito da concorrência, mas não possui a legitimidade para estabelecer uma política industrial.

---

24 Ver *supra* n. 19 e s.

25 Ver *supra* n. 39 e s.

26 Para a demonstração econômica da necessidade que há, todavia, de uma política industrial na Europa, ver E. COHEN et J.-H. LORENZI, *Politique industrielle pour l'Europe*, Conseil d'analyse économique, Paris: Documentation française, 2000.

59. Na medida em que a crise acelera o tempo e reduz os obstáculos, e que a necessidade faz a lei, no sentido literal do termo, uma Europa com uma política econômica, financeira e monetária está se construindo, por meio de um sistema de governança com relação aos Estados membros, sistema que resta ainda encontrar. Quando isso for feito, uma política econômica europeia poderá existir, pois a Europa política será o seu apoio, e se articulará com o direito europeu da concorrência, que é ele mesmo um direito de construção. Assim, o paradoxo atual, do qual todos os países europeus sofrem, será resolvido. Por agora, estamos no meio do vau.

## **VI. A CRISE ECONÔMICA POSSUI A NATUREZA DE MODIFICAR A FINALIDADE DA CONCORRÊNCIA?**

60. O direito da concorrência não está adaptado para responder a uma hipótese de crise econômica. São outros direitos, os direitos da regulação, notadamente os direitos da regulação bancária e de seguro, que têm a crise como objeto. Logo, a crise não se torna a finalidade do direito da concorrência, ela pode somente ser levada em consideração pelo direito da concorrência.
61. Assim, as autoridades de concorrência, diante de uma situação de crise econômica, podem aceitar entorses temporários à ortodoxia do livre funcionamento concorrencial. A hipótese é assim prevista pelos textos em direito francês referentes aos preços agrícolas, os quais podem, em caso de crises, estar sujeitos a preços tarifados<sup>27</sup>. Do mesmo modo, os auxílios estatais tornam-se temporariamente tolerados pelas autoridades de concorrências.
62. Mas não poderia se tratar senão de um afastamento temporário das regras ordinárias. Assim, nenhuma derrogação ao princípio primeiro da livre entrada de concorrentes nos mercados é permitida. Neste ponto, o direito da concorrência não pode, salvo se for completamente desnaturado, ter por finalidade proteger as empresas nacionais. O protecionismo é incompatível com o direito da concorrência. Com

---

27 Ver, mais genericamente, o relatório estimando que os mercados agrícolas devem estar isentos do processo concorrencial para entrar nos mecanismos de regulação em caso de regulação: J.-P. JOUYET, Ch. BOISSEU, S. GUILLON, *Prévenir et gérer l'instabilité des marchés agricoles*, rapport remis au Ministre de l'agriculture, 22 septembre 2010.

efeito, a concorrência e a livre-troca num mercado sem barreiras de entrada fazem parte da própria definição do direito da concorrência.

63. Em caso de dúvida, o direito da concorrência deve ceder lugar ao direito da regulação.

ALGUNAS CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Este capítulo trata das questões gerais que se levantam no âmbito do direito da concorrência. O primeiro ponto a considerar é a natureza jurídica do direito da concorrência. Trata-se de um direito público, que visa à defesa do interesse geral da sociedade, e não apenas dos interesses individuais dos concorrentes. Por isso, o direito da concorrência é considerado um direito público econômico.

Outro ponto importante é a distinção entre o direito da concorrência e o direito da regulação. Enquanto o direito da regulação visa a estabelecer regras para a atuação das empresas em determinados setores, o direito da concorrência visa a garantir a livre concorrência e a livre troca no mercado. No entanto, há uma interação entre os dois, pois a regulação pode criar barreiras à concorrência, o que pode ser objeto de intervenção do direito da concorrência.

Por fim, é importante destacar que o direito da concorrência não é absoluto. Ele pode ser limitado por outras normas de direito público, como as normas de segurança nacional ou de defesa pública. Além disso, a intervenção do Estado no mercado pode justificar a aplicação de regras específicas de concorrência.