

AS PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS RELACIONADAS À PUBLICIDADE NA INTERNET E ÀS DESINDEXAÇÕES ABUSIVAS DO SISTEMA ADWORDS DA GOOGLE: UMA ANÁLISE DO DIREITO DA FRANÇA E DA UNIÃO EUROPEIA*

*Unfair Business Practices of the “Internet Giants” and the abusive de-indexing
procedure of Google Adwords: An Analysis of French and EU Law*

Submitted: 12/11/2019

Revised: 09/12/2019

Accepted: 29/01/2020

Martine Behar-Touchais**

Abstract

Objective – *The article explores the new unfair business practices of “Internet giants” with a focus on judicial and administrative precedents. Unfair commercial practices can happen in two ways: about consumers; and, concerning professional advertisers. The digital platforms – especially Google Adwords – have been under legal scrutiny by several courts and authorities, as the paper describes.*

Methodology/approach/design – *The article has bibliographical and jurisprudential research on the unfair commercial practices of Internet giant companies, with emphasis on Google Adwords service. The selected cases come from the French courts and the Court of Justice of the European Union. After careful analysis, it is possible to determine lines of legal differentiation between the types of unfair commercial practices.*

Findings – *The article concludes that the construction of a legal principle as duty of loyalty of digital platforms towards consumers and professional participants is an important advance. Thus, both European Union law and French law are in evolution, since they have*

*Texto derivado do seminário internacional “A efetividade do direito em face do poder dos gigantes da Internet – Brasil e França”, realizado na Universidade de Brasília no período de 13 até 15 de abril de 2016. Agradece-se ao fomento da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF), da Embaixada da França no Brasil e das universidades brasileiras e francesas envolvidas. Tradução de Germana Henriques Pereira. Revisão técnica de Alexandre Veronese e Paulo Burnier da Silveira

**Professora Titular (*Agregée*) de Direito Privado na *École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)*, codiretora do IRJS (*Institut de recherche juridique de la Sorbonne “André Tunc”*) e ex-membro da Autoridade da Concorrência (*Autorité de la concurrence*) da República francesa. E-mail: martine.bekar-touchais@univ-paris1.fr.

foreseen this principle. However, for this principle to be effective, administrative and judicial action will be necessary. At the European Union level, this duty of loyalty must play a central role within the comprehensive set of public policies of the Digital Single Market.

Practical implications – *The article has practical implications, since it describes cases from France and the European Union, which are useful to understand both the Brazilian and the global situation. The commercial operations of Internet giant companies are transnational. Thus, it is useful to know how France and the European Union are labeling some certain commercial practices as unfair.*

Originality/value – *There is no text in Portuguese that has carried out a survey of the French and European Union case law regarding unfair commercial practices of Internet giant companies. The text also helps to understand the joint application of French commercial and competition law in correlation with European Union law.*

Keywords: *Competition Law – France and European Union. Abuse of a Dominant Position. Abuse of Economic Dependence. Digital Platforms – Google. Internet Giants. Internet Regulation.*

Resumo

Objetivo – O artigo explora as novas práticas comerciais desleais das empresas “gigantes da Internet” com foco em precedentes judiciais e administrativos. As práticas comerciais desleais podem acontecer de dois modos: em relação aos consumidores; e, em relação aos anunciantes profissionais. O tema das plataformas digitais, com destaque para o serviço Google Adwords, tem sido objeto de várias decisões judiciais e administrativas que são analisadas no texto.

Metodologia – O artigo se baseia em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre as práticas comerciais desleais das empresas gigantes da Internet, com destaque para a Google. Os casos selecionados advêm dos tribunais franceses e do Tribunal de Justiça da União Europeia. A partir de detida análise, é possível determinar linhas de diferenciação jurídica entre os tipos de práticas comerciais desleais.

Descobertas – O artigo conclui que a construção de um princípio jurídico do dever de lealdade das plataformas digitais para com os consumidores e participantes profissionais é um avanço. Assim, tanto o direito da União Europeia, quanto o direito francês estão alinhados com esse objetivo, uma vez que previram esse princípio. Não obstante, para que ele seja efetivado, far-se-á necessária a atuação administrativa e judicial. No nível da União Europeia, cabe indicar que o dever de lealdade deverá ser acolhido no âmbito do abrangente conjunto de políticas públicas do Mercado Único Digital.

Implicações práticas – O artigo possui aplicação prática, uma vez que bem descreve casos da França e da União Europeia, os quais são úteis para compreender a situação brasileira e

mundial. As operações das empresas gigantes da Internet são transnacionais. Assim, é útil saber como a França e a União Europeia estão considerando que determinadas práticas seriam desleais.

Originalidade/relevância – Inexiste um texto em português que tenha realizado um levantamento da casuística referente às práticas comerciais desleais das empresas gigantes da Internet. O texto, ainda, ajuda a compreender a aplicação conjunta do direito comercial e concorrencial francês em correlação com o Direito da União Europeia.

Palavras-chave: Direito da Concorrência – França e União Europeia. Abuso de Posição Dominante. Dependência Econômico. Plataformas Digitais – Google. Gigantes da Internet. Regulação da Internet.

INTRODUÇÃO: A INTERNET FACILITARIA A DESLEALDADE COMERCIAL DOS GIGANTES DA INTERNET?

O extremo poder dos gigantes com o qual somos confrontados seria um vetor de práticas comerciais desleais, tanto em relação aos seus parceiros comerciais, quanto em relação aos consumidores, o que constituiria indiretamente uma deslealdade aos seus concorrentes? O poder daria uma sensação de impunidade? A globalização da internet sem um direito supranacional aplicável também contribuiria para isso? E, talvez, a dependência dos internautas de todo o mundo com relação à Internet proporcionaria às empresas gigantes o sentimento de que elas seriam indispensáveis e, portanto, intocáveis? Na verdade, uma resposta positiva para essas questões seria muito precipitada. Afinal, mesmo os gigantes podem ter pés de barro¹. O exemplo recente dos anúncios do Uber na França permite uma primeira ilustração. O Uber França divulgou três peças publicitárias para o seu produto UberPoP (inclusive na *Radio Nova*²) que poderiam dar ao público, incluindo aos futuros motoristas, a impressão de que os serviços da plataforma UberPoP seriam legalizados, quando não o eram. Conforme a União Nacional de Táxis, essa empresa dos Estados Unidos da América teria sustentado uma “*ambiguidade*” acerca da possibilidade de se poder estacionar um veículo em via pública à espera de um cliente, sem reserva prévia. A entidade representativa dos taxistas classificou a ação da empresa como “pilhagem”. Contudo, a Lei [Thomas] Thévenoud, de 1º de outubro de 2014

¹ Nota da tradutora. No francês foi utilizada a expressão “*colosse aux pieds d'argile*”, utilizado no sentido de ponto de fraqueza.

² Nota dos revisores técnicos. A *Radio Nova* é uma emissora de rádio, de Paris, que toca músicas de fora do *mainstream*. Seria uma estação de rádio alternativa.

(FRANÇA, 1 out. 2014) proíbe a relação cliente-veículo, quando não se trata de táxi ou veículos de transporte com condutor. Essa Lei foi, sem dúvida, contestada perante o Conselho Constitucional, mas o Uber continuou a difundir seus anúncios. Por decisão de 22 de setembro de 2015 (FRANÇA: Conselho Constitucional, 22 set. 2015), contudo, o Conselho Constitucional confirmou a ilegalidade do serviço UberPop. A justiça de primeira instância de Paris (*Tribunal de grande instance*) condenou, portanto, o Uber França por compartilhamento ilícito de automóveis por meio da plataforma UberPop. Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelação (*Cour d'appel*) de Paris em 7 de dezembro de 2015.

Paralelamente, tanto a empresa Uber França, quanto os seus dois dirigentes foram processados criminalmente por prática comercial enganosa (LE FIGARO, 30 set. 2015). A audiência foi realizada em fevereiro de 2016, tendo sido aplicada uma multa de um milhão de euros contra o Uber França; nela, também, foram aplicadas duas multas, de 70.000 e de 50.000 euros contra os seus dois dirigentes, os quais foram, ainda, proibidos de gerenciar qualquer empresa por 5 anos (LA TRIBUNE, 12 fev. 2016; LE MONDE, 18 mar. 2016. Em junho de 2016, a Uber foi condenada pela primeira instância criminal de Paris (*Tribunal Correctionnel*) ao pagamento de uma multa de 800.000 euros, devendo seus dirigentes pagar, respectivamente, 30.000 e 20.000 euros, metade dos quais foram suspensos (CHAMPEAU, 10 jun. 2016). A Uber apelou desta decisão. Embora não saibamos qual será o resultado final desse litígio criminal, é forçoso deduzir que as empresas gigantes da Internet não gozam de qualquer imunidade – nem de direito, nem de fato – ao se aferir a deslealdade de suas práticas. Mas a Internet continuará a ser a origem de grandes tentações. Usando de um recurso da ficção, podemos imaginar um pensamento do Google, da seguinte forma:

“Por que eu daria visibilidade a um concorrente no meu sistema AdWords, quando tenho o poder de suspendê-lo? Por que eu informaria ao consumidor que os primeiros produtos gerados pelo meu motor de busca são aqueles dos meus parceiros comerciais ou aqueles vendidos por mim? Por que não manter essa falsa aparência de neutralidade quando comparo os preços dos produtos, pois eu favoreço, assim, todos os meus parceiros comerciais, que são os únicos a figurar no comparador? Por que dizer ao internauta, que acredita na minha gratuidade, que, na realidade, eu me aproveito dos dados pessoais enviados por ele? Por que avisar que, junto com o preço do produto adquirido na rede, ele pagou por uma pequena parte da publicidade *online* que seu vendedor fez no meu site?”

O diálogo imaginário evidencia que, para se colocar no lugar de uma empresa gigante da Internet é, talvez, necessário resistir todos os dias à tentação de praticar deslealdades comerciais. Na verdade, especialmente no que diz respeito à publicidade *online*, é preciso lembrar que a Internet é um mercado com duas faces ou vertentes. Em outras palavras, de um lado, existe uma face do mercado, relativa aos relatórios da plataforma com os internautas e que é aparentemente gratuita. Do outro lado, há outra face do mercado entre a plataforma e o anunciante profissional, o qual irá pagar para que a plataforma veicule sua publicidade, destinada aos internautas. No lado no qual a plataforma lida com os internautas, muitas coisas são, aparentemente, gratuitas. Todavia, essa gratuidade é apenas aparente, uma vez que os usuários “pagam” uma contrapartida ao transferir o uso de seus dados pessoais para as empresas (MARTIAL-BRAZ & ZOLYNSKI, 2013; BÉHAR-TOUCHAIS, 2013).

No lado do mercado no qual que a plataforma lida com os anunciantes, as empresas gigantes da Internet – especialmente a Google – são financiadas diretamente pela publicidade; e isso lhes dá grandes poderes em suas relações com os demais anunciantes profissionais, os quais podem não sobreviver a uma retirada da publicidade *online*. A Autoridade da Concorrência francesa até reconheceu a existência de um mercado de publicidade *online* distinto de outros meios de publicidade (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 18 set. 2012). Isto é exatamente o que a Google faz com seu sistema AdWords³, do qual ela obtém quase toda a sua receita da publicidade *online*, por meio de cobranças aos comerciantes das palavras-chave e das hiperligações que são, assim, geradas. Os enormes lucros de AdWords permitem à Google financiar o restante, ou seja, todas as demais funcionalidades gratuitas disponíveis aos internautas. Entre estas, é possível listar a barra de ferramentas do Google, a qual visa facilitar as buscas, além de outros softwares, que se fundamentam na tecnologia *online*, da Internet (Gmail, Google Earth, Google Maps, Google Office, etc.). Por fim, os lucros do AdWords têm ajudado a diversificação de negócios da empresa, como a gestão de conteúdo audiovisual, especialmente graças à aquisição do YouTube. Para vários motores de busca do mundo, a principal fonte de renda provém, portanto, do referenciamento pago. São anúncios que são exibidos conforme o tema da pesquisa. Desses sistemas de publicidade, o mais conhecido na França é AdWords, desenvolvido pela Google. Todo mundo já experimentou esses “links patrocinados”, esses “anúncios” e várias outras “publicidades” que surgem na tela

³ Nota da autora. Em termos de indexação na Internet, distingue-se a indexação natural da paga. A primeira é a demonstração automática pelo algoritmo do motor de pesquisa que indexa e exhibe os conteúdos usando uma maneira específica – mais visualizado, por exemplo. A segunda é mostrada a partir dos pagamentos do anunciante ao indexador; é sobre essa modalidade, que se desenvolveu particularmente nos últimos anos, que está no centro do problema.

dos resultados de pesquisa. Portanto, é o anunciante profissional que paga a “gratuidade” oferecida ao internauta pelo outro lado do mercado. Essa situação é favorável ao anunciante, porquanto seu anúncio será indexado e mostrado com destaque; e, logo, ele terá mais visibilidade na Internet, permitindo que mais internautas possam lhe fazer encomendas.

A dificuldade imposta pela indexação paga reside mais em relação às hipóteses nas quais a plataforma de buscas decide desindexar um operador⁴ e, assim, privá-lo de uma potencial clientela que ele poderia ter na Internet. Uma empresa já acusou que, ao ser desindexada do sistema pago, teria deixado de fato de ser visíveis para o internauta e, portanto, requereu o seu indexamento forçado ou uma indenização substancial (KARAYAN, 22 maio 2014). Para isso, se o contrato assinado por uma empresa com a plataforma tiver um termo temporal definido; e, se houver desindexação durante a vigência do mesmo, a empresa pode se valer contrato, lançando mão do Código Civil (FRANÇA, 2019a) e da legislação sobre contratos (FRANÇA, 21 abr. 2018). A empresa poderá pedir a obrigação de fazer ou o pagamento de indenização. Mas, caso o contrato a termo não tenha sido renovado ou, caso o contrato por tempo indeterminado tenha sido quebrado com um aviso prévio, o prejuízo da empresa anunciante pode ser alto. É por isso que o direito contratual é, muitas vezes, insuficiente nesse tipo de caso, sendo necessário procurar outras fontes de proteção. Isso nos levará a examinar primeiro a “deslealdade no lado do mercado de plataforma anunciante”.

Outra maneira de ser visível na Internet é desenvolver formas de comunicação específicas à economia digital, nas quais a visibilidade da empresa, por parte do internauta, é necessária para que este clique no site comercial. Isso é tão relevante que os aplicativos e plataformas da Internet desenvolveram diversas formas de serem visíveis e atraentes: os anúncios publicitários, a publicidade direcionada, os *sites* de comparação de preços, como o Kelkoo. Todos esses modelos de aplicações foram criados para mostrar ao consumidor que as empresas têm bons preços ou, ainda, para mostrar as opiniões de consumidores, como ocorre, por exemplo, no TripAdvisor. Tal sistema de avaliação dos usuários pode possibilitar o risco de que algumas opiniões sejam ilegítimas. Ou, ainda, um tal sistema de anúncios pode acabar por fazer tantas “promoções” permanentes, de forma tão dinâmica, que o consumidor pode se questionar acerca da sua compreensão. Tudo isso se enquadra no conceito de publicidade que temos hoje? Podemos dizer que sim, já que a doutrina e a jurisprudência têm, de qualquer modo, atribuído um conceito amplo ao termo (ZOLYNSKI, 2015). Assim, no

⁴ Nota do revisor técnico. Haveria a opção de se utilizar o verbo “desreferenciar”, que seria uma tradução quase literal do francês (“déréférer”), como está em MALLEY-PUJOL (2018). A opção da revisão técnica foi utilizar o verbo “desindexar”, pois ele tem sido usado no debate jurídico brasileiro e português.

acórdão de 4 de dezembro de 2012 sobre o site Leguide.com, a Corte de Cassação francesa qualificou a prática do comparador de preços de publicidade oculta (FRANÇA: Corte de Cassação, 4 dez. 2012). Do mesmo modo, o Tribunal de Apelação de Paris, em 22 de janeiro de 2013, confirmou que esse conceito é extensivo ao serviço Google Shopping, uma vez que teria sido projetado para indexar e mostrar os produtos disponíveis para venda de modo semelhante, ele serve, também, para que os internautas possam pesquisar, comparar e comprar diferentes produtos ou serviços (FRANÇA: Tribunal de Apelação de Paris, 22 jan. 2013; LOISEAU, 2013). Mais uma vez, os juízes consideraram que tal serviço é de natureza publicitária e não puramente informativa dado seu objetivo promocional, pouco importando o caráter gratuito dos anúncios. Da mesma forma, a Corte de Cassação francesa teve de se pronunciar sobre a qualificação de um aplicativo para celular usado por um proprietário de uma marca com a finalidade de promover seus produtos por meio da rede social Facebook. Na sentença proferida em 3 de julho de 2013, os juízes admitiram que o fato de essa mensagem ser retransmitida por meio de uma rede de amigos não permite qualificá-la como correspondência privada, condição que a empresa difusora das mensagens na rede social reivindicava. Evidenciando a particularidade de prática de publicidade, os juízes determinaram que a promoção de bebidas alcoólicas deve respeitar, também, as condições específicas estabelecidas para tal produto, na regulamentação pertinente, o que não teria ocorrido no caso (FRANÇA: Corte de Cassação, 3 jul. 2013).

Mas o uso desses novos instrumentos pelos gigantes da internet (que é o que nos interessa aqui) é sempre perfeitamente justo? Como lidar com uma deslealdade comercial, caso aconteça? O atual direito relativo às práticas comerciais desleais é suficiente ou necessitamos de medidas mais drásticas?⁵ Isso significa dizer que será necessário, em um segundo momento, debruçar-se sobre a “deslealdade no âmbito do mercado plataforma-internauta”? A afirmação se torna ainda mais premente quando se sabe que a má-fé nesse contexto pode ser enquadrada como um ato de concorrência desleal contra os seus concorrentes. Portanto, pode haver duas categorias de comportamento desleal dos gigantes da Internet no que diz respeito à publicidade, o que poderia prejudicar uma concorrência saudável no mercado. A primeira, como má-fé na relação de mercado com os anunciantes. E a segunda, como má-fé na relação do mercado com os internautas. Devemos, portanto, considerar primeiramente os comportamentos desleais das plataformas contra os anunciantes dependentes, que será o tema da próxima seção. Depois, há que se considerar os comportamentos

⁵ Nota dos revisores técnicos. É possível diferenciar “práticas comerciais desleais” (*déloyales*) de “práticas comerciais enganosas” (*trompeuses*). Ambas estão previstas no Código de Consumo: FRANÇA, 2019b.

desleais contra os consumidores, os quais também têm impactado a livre concorrência no mercado.

DESLEALDADE DOS GIGANTES DA INTERNET PARA COM OS ANUNCIANTES PROFISSIONAIS

Nessa seção será demonstrado que certos modos de proteção têm uma eficácia limitada para sancionar os abusos de desindexações na internet (2.1) e que apenas a reparação legal ao abuso de posição dominante sob diferentes aspectos permitirá uma proteção eficaz (2.2).

A Eficácia Limitada de Alguns Meios de Combate às Desindexações Abusivas

Na França, há uma distinção legal entre as práticas anticoncorrenciais e as práticas comerciais desleais entre profissionais. As práticas contra a concorrência estão fixadas nos artigos L. 420-1 até L. 420-7 – Título II do Livro IV – do Código do Comércio. O direito aplicável às práticas restritivas da concorrência está no Título IV do Livro IV do Código de Comércio. Em princípio, as vedações às práticas restritivas da concorrência são mais fáceis de se aplicar. Por conta disso, o primeiro passo do legislador foi sancionar a ruptura repentina de relações comerciais estabelecidas nos termos do artigo L. 442-6, inciso I e parágrafo 5º do Código de Comércio francês (2.1.1). As limitações do texto legal, nesse caso, conduziram à alegação do abuso de dependência econômica que acabou por desaparecer do direito que regula as práticas comerciais desleais empresa-a-empresa; todavia, ela permanece no direito que regula as práticas concorrenciais (2.1.2).

A Inadequação do Artigo L442-6, Inciso I e Parágrafo 5º do Código Comercial Francês sobre a Cessação Súbita das Relações Comerciais Estabelecidas

O artigo L. 442-6, inciso I e parágrafo 5º do Código de Comércio francês, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei [Yves] Galland, de 1º de julho de 1996 (FRANÇA, 1 jul. 1996). Ele dispunha o seguinte em 2016:

Artigo L. 442-6

I.- Incorre em responsabilidade e obrigação de reparação do prejuízo quem causar um fato, seja na condição de produtor, comerciante, industrial ou pessoa registrada no rol de profissões reguladas: (...)

5º Romper brutalmente, mesmo de modo parcial, uma relação comercial estabelecida, sem aviso prévio escrito que tenha em conta a duração da mesma e respeito à sua duração mínima de aviso prévio, tal fixada com atenção às práticas de comércio, ou pelos acordos entre profissionais. Ainda que a relação comercial trate do fornecimento de produtos sob a marca de um distribuidor, a duração mínima do aviso prévio deve ser contada em dobro daquela que seria aplicável se o produto não estivesse sendo fornecido sob a marca de um distribuidor. Na ausência de acordos, as decisões do Ministro encarregado da economia podem, para tal categoria de produtos, fixar, tendo em conta as práticas comerciais, um período mínimo de aviso prévio e, também, enquadrar as condições de ruptura das relações comerciais, notadamente em função de sua duração. As disposições precedentes não serão, contudo, obstáculos para a facultade de rescisão sem aviso prévio em caso de inexecução de qualquer uma das partes de suas obrigações ou em caso de força maior. (...)⁶.

A ruptura repentina de uma relação comercial estabelecida (na ausência de culpa por parte da vítima) se tornou, desse modo, uma prática comercial desleal nas relações entre os profissionais, o que pode resultar em responsabilidade civil de seu autor, mas, também, em multas administrativas de alto valor, desde o início da vigência da Lei [Emmanuel] Macron, de 6 de agosto de 2015 (FRANÇA, 6 ago. 2015). No entanto, a jurisprudência dos tribunais fez deste texto uma aplicação particularmente vasta. Embora seja verdade que, inicialmente, o legislador pensou na desindexação dos fornecedores feita pelos grandes varejistas de distribuição de alimentos, os termos do texto legal não apresentam nenhum tipo de restrição relacionado com áreas de negócios, forçando uma aplicação a qualquer fornecimento de bens ou de serviços (FRANÇA: Corte de Cassação, 23 abr. 2003). O texto visando uma relação, e não um contrato, implicaria igualmente em sua aplicação às vendas sucessivas realizadas sem que houvesse uma estrutura contratual entre as partes. Segundo a Corte de Cassação, essa relação, no entanto,

⁶ Nota dos revisores técnicos. Segue o original, na vigência em 2016: “Article L442-6. (...) I.-Engage la responsabilité de son auteur et l’oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: (...) 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n’était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l’économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d’inexécution par l’autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. (...)”.

deve ser estabelecida, o que implicaria que as relações comerciais entre a partes que durassem apenas alguns meses, poderiam se caracterizar – em sentido contrário – numa ausência de relações comerciais estabelecidas (FRANÇA: Corte de Cassação, 18 dez. 2007). Por fim, embora o texto visasse uma relação comercial estabelecida, não parece chocante que a Corte de Cassação o aplicasse às vítimas não-comerciais, tal como uma associação (FRANÇA: Corte de Cassação, 6 fev. 2007). E, ainda, por fim, não soa estranho que ela tivesse, finalmente, aplicado essa disposição a todas as relações de negócios. Uma vez amplamente aplicado, esse texto legal é geralmente eficaz, pois torna-se uma regra jurídica de ordem pública, o que permite indenizar o parceiro prejudicado, mesmo na presença de cláusulas contratuais relacionadas ao aviso prévio de um período muito curto. Ela, ainda, outorga força protetiva, mesmo na presença de uma cláusula resolutiva de pleno direito para um fato perdoável:

“Porém, considerando que, após afirmar que não poderia haver obstáculo às disposições de ordem pública do artigo L. 442-6 I 5 do Código de Comércio, por cláusulas que permitam uma ruptura sem aviso prévio desde que a inexecução contrato não seja suficientemente grave, o acórdão declara que a concessionária pode rescindir o contrato de pleno direito, com efeito imediato e sem compensação, principalmente no caso de não haver conformidade com os métodos, normas ou padrões do fabricante ou, ainda, com as disposições do artigo 3º do Anexo 1 relativas à identificação e às normas, as quais o agente se comprometeu a cumprir até 31 de dezembro de 2000”⁷.

Finalmente, o parceiro comercial tem direito a uma proteção mínima garantida e, assim, nenhuma cláusula protetiva pode vir a ser desconsiderada. Mas em que consiste exatamente essa proteção mínima garantida? O texto legal exige um aviso prévio por escrito. Esse aviso prévio deve “tenha em conta a duração da mesma e respeito à sua duração mínima de aviso prévio, tal fixada com atenção às práticas de comércio, ou pelos acordos entre profissionais”, como já citado anteriormente. Portanto, na ausência de acordos entre profissionais, *a priori*, a lei fixa o período de aviso prévio com base em apenas um critério: a duração das

⁷ No original: “(...) Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant, l'arrêt relève que le concessionnaire pouvait résilier le contrat de plein droit, à effet immédiat et sans indemnité, notamment en cas de non-respect des méthodes, normes ou standards du constructeur ou des dispositions de l'article 3 de l'annexe 1 relatives à l'identification et au standards que l'agent s'était engagé à respecter au plus tard avant le 31 décembre 2000 (...)” (FRANÇA: Corte de Cassação, 25 set. 2007).

relações comerciais. Porém, isso resulta em uma grande imprevisibilidade jurídica no tocante ao prazo⁸. O referido texto, com seus defeitos e qualidades, tem, entretanto, pouco interesse em relação à desindexação de um operador do sistema AdWords.

A Inadequação do Artigo L422-6, Inciso I, § 5º do Código de Comércio no Caso do Adwords

O artigo L. 442-6, inciso I, parágrafo 5º do Código de Comércio permitirá, eventualmente, ao anunciante indexado ser indenizado pelo período de aviso prévio razoável, no caso de desindexação. Mas, este período serve normalmente para a procura de outro operador a ser contratado para realizar a indexação. Porém, isso pode se revelar bastante complicado, no caso da indexação na Internet. É claro que, certamente, a empresa anunciante poderá recorrer à publicidade em outros meios de comunicação (revistas, jornais, televisão, etc.). Todavia, alguns desses meios de comunicação têm um custo muito alto (como a propaganda na televisão). Outros, ainda, não atingem o mesmo público-alvo. Assim, se a empresa anunciante quiser atingir um público jovem, não conseguirá alcançá-lo ao fazer publicidade em jornais impressos, enquanto que, na Internet, esse objetivo se torna mais fácil. Aliás, é também por essa razão que a Autoridade da Concorrência, na França, afirmou que a publicidade *online* configura um mercado autônomo (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 18 set. 2012).

No entanto, uma vez que a empresa já não aparece mais na Google AdWords, nenhum outro motor de busca pode constituir uma situação equivalente. De fato, a superdominância da Google também parece se acentuar, provavelmente por causa da importância da oferta gratuita mencionada anteriormente: a Google teria em meados de 2019, na França, 83,10% do mercado, enquanto que o Bing (Microsoft) detinha apenas 13,47% (DUFFEZ, 21 ago. 2019). Mais de oito em cada dez internautas usam a Google. Isso mostra que um operador desindexado do AdWords não pode, de modo algum, voltar atrás para fazer publicidade em motores de busca, porque simplesmente não existe um motor de busca concorrente da Google que seja capaz de lhe dar visibilidade equivalente na França. A proteção do artigo L442-6, inciso I e parágrafo 5º do Código de Comércio não deve ser negligenciada, mas ela está longe de ser suficiente. É por isso que, nesse contexto, alguns recorrem à alegação de abuso de dependência econômica para tentar obter proteção jurídica.

⁸ Nota da autora. O prazo pode variar no debate de um mesmo caso. Assim, o Tribunal de Comércio de Paris julgou que, para relações anteriores, de nove anos, seriam necessários dois anos de aviso prévio (Tribunal de Comércio de Paris (2005/9018), enquanto que, no recurso, o Tribunal de Apelação de Paris julgou que três meses eram suficientes (Tribunal de Apelação de Paris, 20 de outubro de 2005, nº 05/13805). Essa controvérsia jurídica ainda é relevante (BEHAR-TOUCHAIS, 2006).

A Insuficiência do Conceito de Abuso de Dependência Econômica

Parece bastante lógico recorrer ao abuso de dependência econômica, que é a verdadeira razão para a necessidade de proteção jurídica. Há que se concentrar somente no texto legal referentes às práticas anti-concorrenciais. Será feita uma breve exposição desse direito específico (2.2.1) para, depois, se demonstrar que esse conceito não permite uma efetiva proteção da empresa anunciante contra uma eventual desindexação abusiva, feita pelo sistema AdWords da Google (2.2.2).

Breve Apresentação do Conceito do Direito Francês

O artigo 8º da Ordenança (*Ordonnance*)⁹ de 1º de dezembro de 1986 estabeleceu como princípio que é proibido o abuso em relação à situação de dependência econômica na qual se encontra uma empresa cliente ou fornecedora que não disponha de soluções equivalentes¹⁰. O texto original ainda especificava que

Art. 8. – É proibido, nas mesmas condições, à exploração abusiva de por uma empresa ou por um grupo de empresas:

1. De uma posição dominante sobre o mercado interno ou sobre uma parcela substancial dele;
2. Do estado de dependência econômico no qual se encontra, para tanto, uma empresa cliente ou fornecedora que não disponha de uma solução equivalente.

Esses abusos podem, notadamente, consistir na recusa de venda, de vendas casadas, ou em condições discriminatórias de venda, assim como na ruptura de relações comerciais estabelecidas, pelo simples fato de o parceiro se recusar a submeter-se a condições comerciais injustificadas.

⁹ Nota dos revisores técnicos. Uma Ordenança tem o mesmo patamar hierárquico da lei, segundo o artigo 38 da Constituição de 1958, da França. Todavia, ela funciona, na prática, como uma lei delegada: “Alínea 1ª. O governo pode, para a execução de seu programa, demandar ao Parlamento a autorização para o fazer por ordenanças, com tempo limitado, sobre medidas que são, normalmente, do domínio de lei. Alínea 2ª. As ordenanças são aprovadas no Conselho de Ministros, após o parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor após sua publicação, todavia perdendo seu efeito caso o projeto de lei de ratificação não seja enviado ao Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Elas somente podem ser ratificadas de forma expressa. Alínea 3ª. Ao fim do período mencionado na alínea primeira do presente artigo, as ordenanças não poderão mais ser modificadas, a não ser por leis cujas competências estejam no domínio do legislativo” (tradução livre) (FRANÇA: Conselho Constitucional, 4 out. 1958).

¹⁰ Nota dos revisores técnicos. O dispositivo mencionado não mais vigora. Ele foi revogado pelo artigo 4º da Ordenança 2000-912 (FRANÇA, 18 set. 2000). Todavia, o mesmo possui um caráter pedagógico e pode ser conferido na Internet (FRANÇA, 1 dez. 1986).

Art. 9. – É nulo todo acordo, pacto ou cláusula contratual que se refira a uma prática proibida, nos termos dos artigos 7 e 8, supra.

Esse texto legal foi redigido, de fato, para lutar contra as desindexações abusivas de produtos em relação aos sistemas de distribuição de alimentos. Mas, os gigantes da internet são tão ou mais poderosos do que as empresas varejistas e os sítios eletrônicos indexados são fracos perante eles, tal como ocorre com os fornecedores em relação às redes varejistas. Este texto original acabou por se tornar o artigo L. 420-2, parágrafo 2º, do Código de Comércio, o qual define o abuso de dependência no âmbito das práticas anticoncorrenciais:

“Além disso, é proibido, desde que seja suscetível de afetar o funcionamento ou a estrutura da concorrência, o abuso por uma empresa, ou um grupo de empresas, do estado de dependência econômica em que se encontra. uma empresa cliente ou fornecedora. Esses abusos podem incluir a recusa de venda, a venda vinculada, as práticas discriminatórias referidas nos artigos L. 442-1 a L. 442-3 ou acordos de variação” (FRANÇA, 2019c).

Para sua aplicação, foram impostas condições muito rigorosas, o que levou ao seu fracasso relativo, apesar de seu potencial. Em particular, deve ser provado que a perda de uma empresa – ou, operador do mercado – possui um efeito negativo sobre o mercado, em geral. E é sabido, que, muitas vezes, o desaparecimento de uma pequena ou média empresa (PME) não tem qualquer efeito sobre o mercado. Além disso, as condições fixadas na jurisprudência acabaram sendo – também – muito rigorosas. A Corte de Cassação francesa, em acórdão de 12 de outubro de 1993 (FRANÇA: Corte de Cassação, 12 out. 1993), julgou que a existência de um estado de dependência econômica de um negociante em relação ao seu fornecedor deve ser avaliada com base em vários critérios: a reputação da marca do fornecedor; a sua importância no mercado em questão; o volume de negócios do revendedor; por fim, a impossibilidade de este último obter produtos equivalentes de outros fornecedores. Os juízes, portanto, exigem que haja uma impossibilidade absoluta de a empresa dispor de uma solução técnica e economicamente equivalente às relações contratuais que tiver estabelecido com outra empresa. Mas é muito raro que a empresa enfrente uma impossibilidade absoluta de dispor de uma solução técnica e economicamente equivalente às relações contratuais que tiver estabelecido com outra empresa, especialmente se não considerar os custos da mudança para estimar o caráter equivalente da solução. Além disso, os juízes avaliam rigorosamente a incapacidade de uma solução equivalente.

Em minha opinião, a existência de uma alternativa muito mais cara, ou mesmo a existência de uma alternativa um pouco mais cara, após os significativos custos da mudança, não deveria excluir a caracterização da dependência econômica. Mas esse não é o entendimento da jurisprudência. Além disso, a dependência econômica deveria ser considerada levando em conta a ausência de alternativas satisfatórias. Tal definição diminuiria o nível de exigência requerido para demonstrar o estado de dependência em relação à jurisprudência francesa que requer a ausência de soluções equivalentes. Note-se que há atualmente uma tentativa de se votar um abrandamento da noção de abuso de dependência. A Comissão de Assuntos Econômicos da Assembleia Nacional francesa acaba de aprovar um projeto de lei que visa melhor definir o abuso de dependência econômica¹¹. Mas ainda é necessário que seja aprovada por deputados e senadores (que já haviam rejeitado uma proposta logo após a votação da Lei Macron, de 6 de agosto de 2015, com a justificativa de que ela duplicava o significativo desequilíbrio entre as partes). Esses critérios rigorosos de avaliação resultaram em grave dificuldade na aplicação do conceito de abuso de dependência econômica em um caso de desindexação cometido por um gigante da internet, que será o tema da próxima subseção.

A Inadequação da Noção de Abuso de Dependência Econômica no caso NAVX

Esse caso resultou em uma primeira decisão da Autoridade da Concorrência francesa (nº 10-MC-01 de 30 de junho de 2010), relativa ao pedido de medidas cautelares apresentadas pela NAVX (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 30 jun. 2010). A NAVX é uma empresa “startup”, criada em 2005, que comercializa bancos de dados de interesse para navegadores GPS e para *smartphones*. Ela comercializa, pela Internet, os dados que indicam a posição dos radares viários (fixos e móveis), bem como a localização de postos de gasolina e os preços dos combustíveis, que são baixados *online* pelo cliente. Suas despesas em comunicação eram, à época, de até 85% em publicidade *online* por meio da Google AdWords. Por vender arquivos digitais, a publicidade *online* é um canal de comercialização fundamental para a NAVX, uma vez que há uma forte contiguidade entre a navegação na Internet e o ato da compra de seus produtos.

No entanto, em 2008, a Google, aparentemente, decidiu alterar de forma mais restritiva sua política de conteúdo em relação a dispositivos que permitam desviar os controles viários. No entanto, a elaboração de suas regras não é esclarecedora no que concerne à possibilidade, ou não, de fabricantes de alarme e

¹¹ Nota dos revisores técnicos. A matéria não avançou na Assembleia Nacional. O tema continua em debate, no Projeto de Lei nº 703, de 21 fev. 2018 (FRANÇA: Assembleia Nacional, 21 fev. 2018).

de bancos de dados de radar continuarem a anunciar. A Google finalmente decidiu suspender unilateralmente a conta da NAVX, alegando uma má conduta praticada por essa empresa. Para compreender todo o caso, deve-se destacar que a razão da desindexação da NAVX pela Google estava relacionada ao fato de que essa última estava preparando dispositivos concorrentes para o sistema Android. A Autoridade da Concorrência investigou, portanto, se a Google não tinha abusado da dependência econômica da NAVX em relação a ela.

Os dois primeiros critérios de abuso de dependência econômica, a reputação da Google (primeira marca no ranking Brandz Top 100 em 2008 e 2009) e a importância da quota de mercado foram consideradas como estabelecidas, sem dificuldade. O terceiro critério diz respeito à quota que representa a Google no volume de negócios de NAVX. Esta avaliação é difícil porque a parcela do volume de negócios em razão de uma campanha publicitária é, para a maioria dos canais de publicidade, muito mais difícil de avaliar do que a de um fornecedor no volume de negócios de um distribuidor. Todavia, para a publicidade vinculada a buscas – e mais geralmente para a publicidade de desempenho, que é paga a cada clique ou ação –, há um monitoramento do comportamento do internauta que clica sobre um anúncio. Assim a NAVX tinha acesso, graças ao recurso de “*tracking conversion*” de sua conta do Google AdWords, às ações de compra que foram seguidas imediatamente por um clique sobre um anúncio desse sistema. Portanto, apesar dessa questão técnica ter sido muito discutida, aceitou-se que a evidência da terceira condição havia sido devidamente apresentada.

Restava o quarto critério que se refere à capacidade da NAVX substituir a Google por um ou mais fornecedores que atendessem à sua demanda de fornecimento de publicidade online em condições técnicas e econômicas comparáveis. Em outras palavras, convinha avaliar em que medida a grande proporção de volume de negócios atribuídos à Google resultavam, ou não, de uma escolha deliberada da NAVX em concentrar suas despesas de publicidade *online* no AdWords.

No entanto, a Autoridade da Concorrência francesa considerou questionável a afirmação da NAVX de que não poderia recorrer a fornecedores que atendessem a sua demanda em condições técnicas e econômicas comparáveis. De fato, a Autoridade descobriu que a empresa considerada pela NAVX como sua principal concorrente, a Alerte GPS, fazia pouco uso do Google AdWords. A boa classificação da Alerte GPS nos resultados naturais do motor de busca da Google se explica principalmente devido ao fato de que o Alerte GPS permite a visualização gratuita em seu sítio eletrônico de um mapa dos radares. Portanto, estava ao alcance de NAVX promover a sua indexação natural por meio desse tipo de prática. Além disso, NAVX poderia ter concentrado sua presença nos

fóruns de discussões e em outros espaços. Não obstante, a Autoridade aceitou que a referenciação natural não é uma alternativa totalmente comparável com outra relação comercial, sob o ponto de vista técnico e econômico. Além disso, deve-se enfatizar que, entre todos os anunciantes em potencial, a presença da marca e dos produtos na Internet é particularmente crucial para aqueles cuja atividade principal é fornecer arquivos para *download online*, tal como fazia a NAVX. Afinal, havia uma clara continuidade estabelecida entre a navegação e o ato de compra. Tudo era feito *online*. Este tipo de atividade é propício ao desenvolvimento de uma situação de forte dependência em relação aos espaços de presença na Internet. E isso é especialmente verdadeiro nas relações comerciais com os motores de busca. A Autoridade, portanto, determinou medidas cautelares (incluindo o reestabelecimento da conta NAVX em 5 dias) e enviou o caso para julgamento do mérito. O resultado? A NAVX conseguiu, finalmente, ser protegida em relação à Google. Mas, ela não alcançou tal proteção com base no conceito de abuso de dependência econômica. Ela foi protegida com base no conceito de abuso de posição dominante, como será demonstrado na próxima seção.

O USO EFICAZ DA LEI DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A Autoridade da Concorrência francesa enunciou preocupações concorrenciais em relação ao potencial abuso de posição dominante da Google, no caso NAVX (3.1). A principal pergunta que deve ser feita é: a Google AdWords, no estado da configuração do mercado francês, deve ser considerada como uma infraestrutura essencial (3.2)? Assim, a questão de violação às condições de livre concorrência surgiu em termos de abuso de exploração (ou espoliativo), mas também do abuso de exclusão (ou exclusionário). Será tratado, primeiro, o tema pelo prisma do abuso de exploração. Depois, ele será visto pelo prisma do abuso de exclusão.

O Abuso de Exploração

O Caso NAVX

A discriminação comercial pode distorcer o jogo competitivo, mesmo que a empresa que a implemente não seja parte diretamente envolvida no mercado afetado. O dominante pode, por exemplo, devido à posição especial que ocupa em relação a outros atores situados em outra fase da produção – seja por sócios, por clientes ou por fornecedores –, favorecer ou desfavorecer de maneira ilegítima

alguns desses atores em relação aos outros. Portanto, assim podem oscilar as chances e condições de competição entre os diferentes fornecedores. E, também, assim se pode privar o mercado de opções e, por fim, privar o consumidor dos benefícios do exercício de uma concorrência fundada em méritos. Esse tipo de comportamento se enquadra na categoria dos abusos de exploração, na medida em que deriva do uso excessivo ou não-objetivo de um poder de mercado, de modo a prejudicar o bom funcionamento dele, além de derivar do interesse exclusivo da empresa em questão.

No caso em apreço, a Autoridade da Concorrência apontou que, se em princípio, a Google é livre para definir sua política em relação aos conteúdos admitidos no Adwords, é importante que a sua implementação aconteça em condições objetivas, transparentes e que não resultem em práticas discriminatórias em detrimento ou favorecimento de alguns atores do mercado. Assim, a autorregulamentação do Google AdWords sobre a gestão dos seus conteúdos, tal como foi redigida, não poderia, por si só, ser vista como uma maneira de informar os anunciantes dessa decisão. Ela deveria ao menos ser acompanhada de um esclarecimento adicional e claro. No caso específico da NAVX, nenhum elemento permitia concluir que tal esclarecimento tivesse permitido à NAVX ter conhecimento da vontade da Google em proibir os bancos de dados de radares e alertas antes de novembro de 2009. Desse modo, a discriminação, em parte devido à falta de objetividade e de transparência das políticas de conteúdo, é evidenciada pelas diferenças de tratamento praticadas entre os fornecedores de banco de dados de radares e os fabricantes de GPS (TomTom e Garmin). Os últimos podiam promover a disponibilização desses bancos de dados em seus sites sem serem excluídos do AdWords, ao passo em que os fabricantes de alertas e de bases de dados de radares (SCBD, Coyote NAVX, Alerte GPS) não poderiam. A diferença de tratamento também ocorreu no nível de informação disponível para os anunciantes, clientes do Google AdWords. Algumas das empresas haviam sido informadas, por escrito e em tempo hábil para evitar sua suspensão, do âmbito exato da norma ou da interpretação que a Google fez, como foi o caso da Affiliation). Outras empresas somente foram informadas por escrito após a suspensão da sua conta, como havia sido o caso da NAVX.

Como resultado, as práticas da Google afetaram brutal e profundamente as receitas, mas acima de tudo, o potencial de crescimento da NAVX, o que tornava muito pouco provável que a empresa pudesse continuar sua atuação com foco diretamente no consumidor final (B2C, ou *business-to-consumer*), o que representa cerca de dois terços de seu volume de negócios. É esse fato que explica que a Autoridade tenha emitido medidas cautelares. No âmbito da investigação sobre o mérito do caso, e para evitar qualquer penalização financeira, a Google propôs contratos com vistas a obter uma solução duradoura para as dificuldades

relativas aos dispositivos que têm por objetivo esquivar os controles viários na França colocados em evidência. Em decisão nº 10-D-30, de 28 de outubro de 2010, relativa às práticas implementadas no setor da publicidade na Internet, a Autoridade aceitou e tornou obrigatórios os termos contratos da Google (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 28 out. 2010).

O Caso Gibmedia

No caso Gibmedia, a Autoridade da Concorrência em sua decisão nº 15-D-13, de 9 de setembro de 2015, relativa a um pedido de medidas cautelares da empresa Gibmedia, recusou o pleito de medidas cautelares, mas decidiu investigar o mérito. A Google tinha formulado as seguintes instruções, em seus termos de serviço, sobre “promoções não confiáveis”, “omissão de informações relevantes”, “promoções não disponíveis” e “promoções enganosas ou fictícias”:

“Os usuários nunca devem duvidar, em nenhum momento, da verdade e da boa-fé dos anúncios que divulgamos. Devemos, consequentemente, ser francos, honestos e lhes proporcionar as informações de que necessitam para que sejam capazes de tomar decisões fundamentadas. Sendo assim: - não autorizamos promoções que incitem os usuários a fazer uma compra ou um download ou se envolver de qualquer outra forma sem fornecer, anteriormente, todas as informações pertinentes nem obter o consentimento explícito do usuário; - autorizamos apenas promoções que descrevam o seu negócio, os seus produtos ou os seus serviços com precisão, de maneira realista e honesta” (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 9 set. 2015).

No que diz respeito especificamente às “promoções não confiáveis”, a central de ajuda do AdWords formula uma nota relativa à transparência destinada aos anunciantes: “seja muito prudente e certifique-se de fornecer informações claras quando promover um produto, uma empresa ou um serviço”. Então, aqui, o gigante da internet tenta impor que o anunciante seja fiel. Em si, esta é uma prática bastante louvável. Mas é lícito perguntar se, ao fazer isso, essa gigante da Internet não aplica com deslealdade esse princípio de lealdade para com o anunciante. Na verdade, a Autoridade da Concorrência reconheceu:

“(…) o direito da Google de suspender imediatamente uma conta do AdWords parece inseparável de sua obrigação de garantir o caráter objetivo e transparente do processo de controle e de suspensão das contas, de modo a garantir aos

anunciantes um grau de previsibilidade suficiente” (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 9 set. 2015).

A Google suspendeu a conta da Gibmedia (mas somente até setembro de 2014) por três razões: uma taxa cobrada por serviços normalmente gratuitos; uma transparência insuficiente da cobrança; e a proibição de técnicas de ocultação. No entanto, após um exame cuidadoso de todas essas regras, a Autoridade da Concorrência concluiu que, nessa fase da investigação, as regras relativas às “promoções não confiáveis” parecem não ter apresentado a objetividade e a transparência necessárias, o que tornava possível a identificação de um abuso de posição dominante.

O Abuso de Exclusão

O Caso NAVX

O caso NAVX também pode ter envolvido um abuso de exclusão por parte da Google. Mas não isto não foi suficientemente comprovado no curso do processo administrativo. Na verdade, o Android Market – loja de aplicativos da Google para smartphones equipados com o sistema operacional Android, também da Google – oferecia, à época, *downloads* das bases de dados de radares e, também, de aplicativos de alerta de radares como, por exemplo, o Speedcam Hunter. Em alguns casos a Google cobra uma percentagem das receitas advindas dos aplicativos vendidos no seu Android Market.

A Google foi perguntada se as “regras de conteúdo” eram as mesmas para o Android Market e para o AdWords. Ela também foi perguntada se, no caso do Android Market, os vários aplicativos de localização de radares desapareceriam. Ainda, foi perguntado se a Google não ofereceria tais tipos de aplicativos para *smartphones* Android. Todas as perguntas se fundavam na alegação da mudança das regras da Google sobre questões relacionadas ao tráfego. A Google simplesmente respondeu que as regras aplicáveis nos seus termos de serviço eram diferentes para o AdWords e para o Android Market. Logo, a Autoridade da Concorrência admitiu que “(...) não se pode, portanto, excluir que, eventualmente, dado o desenvolvimento de *smartphones*, seja mais rentável para a Google que as bases de dados dos radares sejam vendidas através do Android Market do que através de uma conexão de Internet padrão” (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 30 jun. 2010). Continua a decisão a indicar que se pode até imaginar “(...) que a Google deseje parar a publicidade para os bancos de dados passíveis de download no AdWords para poder propor no futuro os aplicativos de alerta de radares nos seus *smartphones*, enfrentando uma competição

enfraquecida” (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 30 jun. 2010). No entanto, a Autoridade da Concorrência concluiu, por fim, que subsistiam dúvidas quanto às razões do eventual comportamento discriminatório da Google em relação aos fornecedores de bases de dados de radares. Portanto, ela poderia descartar o abuso de exclusão neste caso específico; todavia, isso não significaria que, em outro caso de desindexação, a Google não pudesse ser responsabilizada.

O Caso E-Kanopi

A empresa E-Kanopi operava vários sítios eletrônicos para os quais havia assinado uma conta do AdWords com a Google e também editava os sites “iadah” para os quais tinha aberto uma conta AdSense. No entanto, como em outros casos, a Google cancelou as suas contas do AdWords e AdSense em maio e em junho de 2010. A E-Kanopi contactou a Autoridade da Concorrência da França e alegou que tinha havido abuso de posição dominante. Na decisão de 28 de fevereiro 2013 sobre o recurso da empresa E-Kanopi, a Autoridade considerou que a “política de conteúdo da Google AdWords, guiada pelo objetivo de proteger os interesses dos consumidores, impedindo que o internauta faça o download de softwares indesejados ou de pagar por bens gratuitos, decorre do desejo de oferecer o melhor serviço possível e parece objetivamente justificada. A adoção de tal política não apresenta, portanto, um caráter anticompetitivo e apenas afirma o exercício legítimo do livre comércio da Google” (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 28 fev. 2013).

A E-Kanopi não se conformou com essa decisão administrativa e ajuizou uma ação judicial contra a Autoridade da Concorrência. Por acórdão de 24 de junho de 2014, o Tribunal de Apelação de Paris negou provimento ao recurso da E-Kanopi (FRANÇA: Tribunal de Apelação de Paris, 24 jun. 2014). E, posteriormente a Corte de Cassação, em acórdão de 19 de janeiro de 2016, negou provimento aos recursos interpostos contra o julgado de segunda instância, observando que:

“Considerando que, finalmente, após ter constatado que a empresa E-Kanopi culpou a empresa Google de abusos de exclusão e tendo notado que a adoção pela Google das políticas de conteúdo do AdWords e do AdSense são guiadas pelo objetivo de proteger os interesses dos consumidores, evitando que o internauta realize downloads de softwares indesejados ou de pagar por bens gratuitos, a ação foi categoricamente justificada e estava dentro do exercício legítimo da liberdade de comércio pela empresa Google. O acórdão declarou, primeiramente, que empresa E-Kanopi não traz, em apoio ao recurso, nenhum elemento que leve a considerar que seu motor de busca e aquele da empresa Google pertençam ao mesmo mercado e seriam, portanto, concorrentes. Ele

evidencia, em seguida, que as práticas de eliminação de concorrência imputadas à empresa Google não podem ser identificadas, uma vez que, devido a um modelo de aquisição de clientes que infringe as regras contratuais do AdWords e do AdSense, as campanhas e os anúncios da sociedade E-Kanopi foram suspensas. Ainda, que devido a essas constatações e apreciações, o Tribunal de Apelação recordou com razão que não era dever da Autoridade complementar a deficiência das partes na administração da prova e que não se necessitaria de mais investigações. Logo, conseguiu concluir que o recurso da empresa E-Kanopi não estava fundamentada de elementos suficientemente comprobatórios” (FRANÇA: Corte de Cassação, 19 jun. 2016).

Assim, segundo consignou a Corte de Cassação, por um lado, a Google não competia com E-Kanopi. Por essa razão, não seria possível suspeitar de qualquer desejo de eliminação de concorrência. Por outro lado, o encerramento da conta da Google AdWords teria sido formalmente justificado, uma vez que a E-Kanopi teria se engajado em práticas nocivas aos consumidores e, provavelmente, suscetíveis de serem qualificadas como práticas comerciais desleais. É possível passar para o terceiro caso.

O Caso Gibmedia

Neste último caso, o abuso de exclusão não foi descartado. Na verdade, a Autoridade da Concorrência observou que a Google não oferecia diretamente os serviços pagos de informação meteorológica. Mas, ela afirmou que a Google recebia remuneração, como parte da operação da loja de aplicativos Google Play, na forma de comissões sobre a venda de cada aplicativo de meteorologia. Foi ressaltado que a Google informou à Autoridade que distribuía cerca de mil aplicativos comerciais da meteorologia na França (FRANÇA: Autoridade da Concorrência, 9 set. 2015). Além disso, a Autoridade da Concorrência frisou que, embora a Google e a Gibmedia não estejam em situação de concorrência no mercado varejista, ambas são concorrentes em um mercado de atacado de compra de informações meteorológicas. Isso ficava claro, pois a Google havia declarado que, na verdade, estava adquirindo, mediante remuneração, informações da empresa Weather Channel. Por fim, a Autoridade de concorrência indicou que caberia uma investigação posterior para verificar se os fatos alegados revelam quaisquer práticas discriminatórias contra os serviços do Google que, eventualmente, pudessem parecer concorrer com os sítios eletrônicos da Gibmedia.

Após a leitura dos três casos, relacionados com alegações de abuso de exclusão, fica fácil perceber que a Autoridade de concorrência francesa aceita a liberdade da Google de definir a sua política de conteúdo do AdWords, desde que

ela aja de forma transparente e de modo não discriminatório. No entanto, é questionável se é adequado que a Google possa definir a sua política de acesso ao serviço Adwords de forma totalmente livre. Para desenvolver esse tema, há que se inquirir acerca da essencialidade, ou não, do serviço AdWords.

O Google AdWords é uma Infraestrutura essencial?

A Autoridade de concorrência reconheceu a liberdade da Google de não aceitar qualquer tipo de publicidade. Assim, mesmo que um conteúdo não seja ilegal, a Google pode excluí-lo porque essa é a sua política relativa ao conteúdo do AdWords. Embora a questão não tenha sido feita nestes termos à Autoridade, isso mostra que, para ela, o AdWords não é uma infraestrutura essencial, mesmo no mercado francês. Contudo, pode-se questionar tal fato em países como a França, no qual a Google é superdominante e já possui mais de 90% do mercado de publicidade *online*.

A teoria de infraestruturas essenciais (*essential facilities*), surgiu no início do século XX no direito antitruste dos Estados Unidos da América. O caso de referência sobre o tema foi julgado pela Suprema Corte daquele país em 1912. Nesse caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América determinou que uma associação de empresas de transporte ferroviário não podia negar o acesso de outras empresas férreas à cidade de Saint Louis por meio de pontes e do serviço de balsa. Naquela época, vinte e quatro linhas de trens convergiam em Saint Louis e os custos de construção de pontes sobre o rio Mississipi eram muito altos. Havia duas pontes e um serviço de *ferryboat*, tudo dominado pela *Terminal Railroad Association of Saint Louis*. A Suprema Corte considerou que tais pontes eram *essential facilities* e que seu acesso deveria ser liberado para outras empresas:

“Determinar se a unificação de terminais em um centro de estradas de ferro é uma utilidade permissível para apoiar o comércio interestadual ou uma colusão ilegal que o restringiria, dependerá da intenção, inferida pela avaliação da extensão de controle assegurada acerca das condições operacionais as quais tal comércio será compelido a usar, bem como o método pelo qual tal controle foi obtido e a maneira pela qual ele é exercido. A unificação de substancialmente toda a estrutura de terminais por meio da qual o tráfego de Saint Louis é servido, é uma colusão que restringe o comércio interestadual nos termos de significado e propósitos da Lei Antitruste de 2 de julho de 1890. (...) Essa Suprema Corte baseia sua conclusão de que a unificação dos terminais em Saint Louis é uma restrição ilegal do tráfego interestadual e não um estímulo a ele, em ampla medida na situação extraordinária de Saint Louis e nas condições físicas e topográficas da referida localidade. A colusão de estruturas de terminais, que é uma restrição ilegal do comércio em razão da exclusão de empresas outras, pode

ser modificada judicialmente, de modo a permitir que outras empresas possam acessar essas estruturas em termos isonômicos” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Suprema Corte, 22 abr. 1912).

Essa decisão histórica foi fundamentada na ideia de que o abuso de posição dominante pode resultar da exploração ou do controle por uma empresa de uma estrutura necessária para as demais empresas e, logo, para haver concorrência. O caso julgado pela Suprema Corte poderia ter se referido a um porto ou a um aeroporto, por exemplo. O Tribunal de Justiça da União Europeia aplicou essa teoria na hipótese de uma interrupção de fornecimentos de matérias-primas (UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça, 6 mar. 1974). Em relação aos serviços, no famoso caso Bronner, o Tribunal de Justiça teve de julgar se uma empresa de mídia, que ocupava uma posição dominante no sistema de distribuição de jornais em domicílio, bem como que utilizava este sistema para a distribuição de seus próprios jornais, havia abusado da sua posição dominante ao recusar o acesso a um jornal concorrente. Ao examinar a primeira questão prejudicial formulada pela corte nacional, o Tribunal determinou que, para constatar se havia o abuso, com base em precedente, era necessário que:

“41. Portanto, mesmo supondo que esta jurisprudência referente ao exercício de um direito de propriedade intelectual seja aplicável ao exercício de qualquer direito de propriedade, seria ainda necessário, para que o acórdão Magill pudesse ser utilmente invocado para concluir pela existência de um abuso na acepção do artigo 86º do Tratado numa situação como a que é objeto da primeira questão prejudicial, não só que a recusa do serviço que constitui a distribuição domiciliária seja de natureza a eliminar toda e qualquer concorrência no mercado dos jornais diários por parte de quem procura o serviço e não possa ser objetivamente justificada, mas ainda que o serviço seja em si mesmo indispensável para o exercício da sua atividade, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial para o sistema de distribuição domiciliária. 42. Ora, não é seguramente esse o caso, mesmo na hipótese da existência, como no processo principal, no território de um Estado-Membro, de um único sistema de distribuição domiciliária à escala nacional e mesmo se, além disso, no mercado dos serviços constituído por esse sistema ou de que esse sistema faz parte, o seu proprietário detiver uma posição dominante. (...). 44. Por outro lado, não se verifica que existam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que sejam de natureza a tornar impossível, ou mesmo muito difícil, para qualquer outro editor de jornais diários, criar, sozinho ou em colaboração com outros editores, o seu próprio sistema de distribuição domiciliária à escala nacional e de o utilizar para a distribuição dos seus próprios jornais diários” (UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça, 26 nov. 1998).

Em outras palavras, a recusa de acesso a um serviço essencial pressupõe, para que possa ser qualificada como abusiva, não somente que ela seja passível de eliminar toda a concorrência no mercado, mas também que não possa ser objetivamente justificada. Da mesma forma, no acórdão do caso IMS Health, o Tribunal de Justiça da União Europeia frisou esses requisitos:

“Por conseguinte, há que responder à primeira questão que a recusa, oposta por uma empresa que detém uma posição dominante e que é titular de um direito de propriedade intelectual sobre uma estrutura modular indispensável para a apresentação de dados relativos às vendas regionais de produtos farmacêuticos num Estado-Membro, de conceder uma licença para utilização dessa estrutura a uma outra empresa, que igualmente deseja fornecer esses dados no mesmo Estado-Membro, constitui um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82º CE¹² quando estiverem reunidas as seguintes condições: — a empresa que pede a licença tem a intenção de oferecer, no mercado de fornecimento de dados em causa, produtos ou serviços novos que o titular do direito de propriedade intelectual não oferece e para os quais existe uma procura potencial por parte dos consumidores; — a recusa não é justificada por considerações objetivas; — a recusa é susceptível de reservar ao titular do direito de propriedade intelectual o mercado do fornecimento dos dados relativos às vendas de produtos farmacêuticos no Estado-Membro em causa, excluindo toda a concorrência neste” (UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça, 29 abr. 2004, 6 abr. 1995).

De forma complementar, pode-se indicar o caso Microsoft Corp., igualmente julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça, 17 aet. 2007). Nesse caso, ficou definido que a multa aplicada pela Comissão Europeia deveria ser mantida. A Microsoft se insurgiu contra a condenação que havia recebido em relação do abuso de posição

¹² Nota do revisor. O acórdão menciona o anterior artigo 82º do Tratado da Comunidade de Europeia, o qual corresponde ao atual art. 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (UNIÃO EUROPEIA, 7 jun. 2016).

dominante. Ela possuía tal posição na área de sistemas operacionais e fez tal posição repercutir contra o mercado de programas de navegação na Internet (BÉHAR-TOUCHAIS, 2008; HONERET-MARCELLESI, 2005). Por conseguinte, é legítimo questionar se, à luz da predominância da Google na França, o acesso ao AdWords seria menos essencial para exercer o comércio do que o acesso à estrutura modular, tal como ficou fixado no caso IMS Health. Como já indicado anteriormente, a Autoridade de concorrência já havia destacado que, enquanto o motor de busca da Google for usado pela esmagadora maioria das pesquisas, o anunciante não poderia se privar de 90% das respostas. Se as coisas se inverterem e se outros motores de busca chegarem realmente a se firmar na França, a questão teria de ser feita novamente, porém, hoje, não ter acesso ao AdWords pode ser um enorme inconveniente, mesmo que exista a indexação natural. Certamente, em termos absolutos, o motor de pesquisa da Google e o sistema Adwords (ou equivalente) podem, sem dúvida, ser replicados (como, provavelmente, também pode ser a estrutura modular do caso IMS Health), o que justificaria a exclusão da qualificação de serviço essencial. Isso não impede, porém, que, atualmente na França, até mesmo a Microsoft e seu motor de busca Bing não conseguiram reduzir a predominância da Google. Olivier Fréget destaca, ainda, a atitude inovadora da Autoridade da Concorrência francesa ao condenar as recusas de acesso a serviços que, se não são essenciais, são pelo menos incontornáveis. Especialmente quando afirma que:

“Em determinadas circunstâncias, o Conselho de concorrência e o Tribunal de Recurso de Paris (22 de fevereiro de 2005, Sociedade dos Abatedouros de Laval), consideram que o fato de os proprietários ou gestores de serviços que lhes conferem uma posição especial como fornecedores no mercado, para recusar o acesso ou dar acesso discriminatório a esses serviços, constitui um abuso de posição dominante sem que haja necessidade de se invocar a teoria das estruturas essenciais” (FREGET, 2011).

No mesmo sentido, escreve Marie-Anne Frison-Roche (2014). Assim, o importante é dar aos operadores o direito de acesso ao AdWords, enquanto a Google for predominante. Seja por meio da flexibilização da teoria das infraestruturas essenciais (*essential facilities*) seja por criar uma nova instalação desse tipo que não informe seu nome. O meio para atingir essa finalidade não faz diferença. Parece, contudo, que a superdominância deveria gerar a aplicação de regras mais estritas do que a mera dominância simples. Poderia ser considerado que os gigantes da economia digital estão a forçar uma adaptação do direito para essas situações de superpotência ou superdominância sejam coibidas. De todo

modo, como se vê, raras são as regras relativas às práticas comerciais desleais que permitiriam punir uma deslealdade dos gigantes do lado da relação de mercado para com os anunciantes. Deve-se, no futuro, buscar recursos jurídicos que sejam mais fortes que a tradicional legislação antitruste. Porém, vale verificar a outra face do mercado: a potencial relação desleal dos gigantes da Internet para com os internautas.

DESLEALDADE DOS GIGANTES DA INTERNET EM RELAÇÃO AOS INTERNAUTAS

Quanto mais estudamos o funcionamento da Internet e, portanto, quanto mais progresso houver no campo do direito digital, mais possibilidade haverá de se punir práticas comerciais desleais contra os internautas. A punição dessas práticas desleais, também, vai proteger os concorrentes, que estão, eventualmente, muitas vezes na causa das ações. Isso porque aquela empresa que não respeita os direitos de ordem pública e que protegem os internautas (direito do consumidor, direito ao respeito pela vida privada, dentre outros) também se coloca em uma situação vantajosa e desleal em comparação às demais firmas. Ela comete, portanto, atos de concorrência desleal. Após o relato de algumas das práticas denunciadas (4.1), será possível ver o argumento do presente texto que se dirige à necessidade de firmar uma obrigação de lealdade das plataformas digitais (4.2).

Algumas Práticas de Deslealdade Denunciadas

O maior problema de lealdade face ao internauta está relacionado aos conflitos de interesse ocultos. A Internet está, realmente, revivendo a questão do conflito de interesses. A rede de pesquisadores *Trans Europe Experts* respondeu à consulta da Comissão Europeia sobre as plataformas no Mercado Único Digital, como será detalhado na conclusão desse texto. Nesta consulta, a *Trans Europe Experts* listou como práticas desleais, particularmente: a falta de informação do consumidor sobre as relações contratuais da plataforma com os anunciantes; a ausência de informação do internauta sobre os critérios de classificação; a ausência de informação do internauta sobre a questão de saber se a própria plataforma vende os produtos; informações pouco claras nas condições gerais de venda e nas condições gerais de uso; a existência de cláusulas abusivas; e, por fim, uma falsa gratuidade. Vamos indicar dois exemplos. O primeiro se refere ao caso do sítio eletrônico Kelkoo. O segundo é a atuação da Comissão Europeia em

relação ao Google e se relaciona com a questão de poder haver, ou não, manipulação dos seus indicadores na indexação natural.

A Falta de Identificação como Publicitário de um Sítio Eletrônico de Comparação de Preços

O caso Kelkoo permite ilustrar as dificuldades de se caracterizar essa infidelidade. A empresa Kelkoo opera em seu sítio eletrônico (“Kelkoo.fr”) uma comparação de preços que permite aos internautas procurar por produtos e serviços em bancos de dados de outros sítios eletrônicos que tenham contratado com ela um acordo de indexação. A sua remuneração é baseada no número de cliques registrados nas hiperligações desses sítios contratantes. A empresa Concurrence contratou, em 29 de outubro de 2003, um acordo indexação com a Kelkoo, que acabou em 5 de fevereiro de 2004. A Concurrence atua por meio uma loja física de venda de produtos eletrônicos e audiovisuais, bem como, também funciona como um sítio eletrônico no qual se expõe produtos que podem ser comprados. O presidente do Tribunal de Comércio emitiu uma portaria que determinava que a empresa Concurrence deveria pagar à empresa Kelkoo uma determinada quantia em faturas por “geração de tráfego”. A Concurrence, então, prestou queixa contra as práticas da Kelkoo. Segundo ela, a Kelkoo não se identificava como um sítio eletrônico publicitário. Além disso, a Concurrence argumentou que a Kelkoo não atualizava em tempo real os valores de seu comparador de preços; tal desatualização lhe prejudicaria, adicionou.

No primeiro acórdão, de 29 de novembro de 2011, a Corte de Cassação francesa havia exigido dos juízes de primeira instância para qualificar a prática comercial desleal. Dessa forma, ela determinou que eles verificassem se as omissões da Kelkoo seriam suscetíveis de alterar substancialmente o comportamento econômico do consumidor. O acórdão da Corte de Cassação houve por cassar e anular o julgado do Tribunal de Apelação de Versailles e frisa que:

“(…) o acórdão recorrido considerou que essa empresa segue uma prática que deve ser qualificada como enganosa nos termos do artigo L. 121-1 do Código de Consumo e que constitui uma prática comercial desleal, também nos termos do artigo L. 120-1 do mesmo Código ao omitir em se identificar como sítio eletrônico publicitário, de não atualizar em tempo real os preços, de não indicar taxas de envio e/ou de cancelamento, de não indicar as condições da garantia do produto, de não mencionar as principais características dos produtos ou serviços ofertados. Considerando que, ao determinar isso sem verificar se estas omissões eram suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento econômico do consumidor, que era o argumento que a empresa Kelkoo

contestava, o Tribunal de Apelação não deu qualquer base jurídica para a sua decisão” (FRANÇA: Corte de Cassação, 29 nov. 2011).

Aproveitando a referência após a cassação, o Tribunal de Apelação de Lyon, em acórdão de 24 julho de 2014, admitiu, por um lado, que a atuação da Kelkoo era, de fato, publicidade, em conformidade com a Diretiva 2006/114/CE, de 12 de dezembro de 2006. Dada a natureza interpretativa da questão jurídica, havia que se consultar o artigo 2º, “a” dessa Diretiva, o qual define a publicidade como “(...) qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações” (UNIÃO EUROPEIA, 12 dez. 2006). Tendo esse conceito em uso, o Tribunal de Apelação de Lyon frisou que:

“Atente-se que as mesmas regras de funcionamento do sítio eletrônico, sobre o qual se debate nesse conflito, só levam a manter a crença de que se trata de uma qualificação publicitária dos ditos quadros de resultados comparativos, pois os produtos aos quais se faz referência pertencem aos comerciantes que assinaram um acordo com seu editor e o remuneraram como tal; Que essa indexação seletiva é claramente destinada a promover os produtos de comerciantes afiliados ao site X.fr; A declaração juntada aos autos por esse sítio eletrônico, datada de janeiro de 2010 e feita em seguida às decisões proferidas no ano de 2009: “(...) somos uma plataforma que permite aos usuários comparar as ofertas de nossos parceiros de comércio online. Os resultados apresentados provêm das informações fornecidas pelos nossos parceiros e não refletem, portanto, a integralidade das ofertas disponíveis no mercado”, confirma incontestadamente que a sociedade X já não pode contestar o caráter publicitário dos resultados exibidos pelo seu motor de busca interno, reservados aos seus “parceiros”¹³.

Apesar dessa argumentação, o Tribunal de Apelação de Lyon se recusou a atribuir culpa ao sítio eletrônico por quase todas as omissões constatadas. Todavia, frisou que:

¹³ FRANÇA: Tribunal de apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. – nº 11/08322, 24 julho de 2014.** Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

“É particularmente importante verificar se o consumidor está informado e razoavelmente atento e pode compreender rapidamente – sem ter que realizar análises complexas ou pesquisas interativas – que o sítio eletrônico Kelkoo.fr apresenta unicamente ofertas selecionadas conforme o interesse comum de somente comerciantes associados e do editor”¹⁴.

Em seguida, o Tribunal de Apelação concluiu que, entre fevereiro de 2004 e janeiro de 2010, a apresentação ambígua do site Kelkoo permitia alterar substancialmente o comportamento de tal consumidor. Assim, ele indicou que, ao contrário, após o início de 2010, a atenção do consumidor foi atraída pelo caráter não exaustivo, os outros slogans e as hipérboles, os quais não eram suficientes, por si somente, para fazer se esquecer dessa seletividade. Esses processos seriam, portanto, inerentemente, exclusivos das mensagens publicitárias. Isso não permitiria mais considerar que um consumidor pudesse ser induzido ao erro sobre o conteúdo dos resultados que ele obteria ao usar o site. Além disso, o Tribunal de Apelação não aceitou o argumento de deslealdade relacionada à ausência de preços atualizados em tempo real, observando que “(...) a prática comercial denunciada como sendo capaz de induzir temporariamente ao erro, é, portanto, não suscetível de alterar de maneira substancial o comportamento dos consumidores, por causa dessa informação que, invariavelmente, reunirá antes de proceder, ou não, à compra; a ausência de confiabilidade dos quadros comparativos, também, poderia conduzir o internauta a não mais confiar no site”¹⁵. No mesmo sentido, o Tribunal não repreendeu o sítio eletrônico sobre o período de validade das ofertas:

“No que diz respeito apenas ao ato de compra pelo consumidor, seu acesso necessário à loja online e às informações que devem, necessariamente e legalmente anunciar. Nesse caso, o valor de venda e a duração da oferta, faz com que uma falta de atualização em tempo real do período de validade da proposta não seja suscetível de influenciar, nessa fase final e condicionada pelo preço exibido no site, que a venda vai impreterivelmente ser realizada”¹⁶

¹⁴ FRANÇA: Tribunal de apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. – nº 11/08322, 24 julho de 2014.** Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

¹⁵ FRANÇA: Tribunal de apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. – nº 11/08322, 24 julho de 2014.** Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

¹⁶ FRANÇA: Tribunal de apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. – nº 11/08322, 24 julho de 2014.** Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

O Tribunal de Apelação também não criticou o fato de que as taxas de envio não seriam sempre indicadas:

“É definido, antes do ato de compra dos consumidores, que, em seguida, dispõe dessa informação no site [parceiro] responsável pela venda. Tal ausência não tem a capacidade de distorcer substancialmente o comportamento, porque, por natureza, o site que não incluisse esses custos, seria inicialmente, o primeiro a ser abandonado pelo consumidor (...). O consumidor seria levado a abandonar sua compra e/ou a modificar suas opções. A empresa X requer atualmente que seus associados indiquem um valor ‘com todas as taxas incluídas’ e, portanto, ela permite aos consumidores realizar uma comparação efetiva entre os preços apresentados pelos quadros de resultados apresentados”¹⁷.

Finalmente, o Tribunal de Apelação de Lyon também relevou as poucas informações do sítio eletrônico em relação à garantia dos produtos:

“Esta informação não é essencial na medida em que é fornecida ‘em tempo oportuno’ para fins de uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, esta expressão não pode ser interpretada como correspondendo ao momento em que o consumidor realiza suas pesquisas iniciais, mas de quando se realiza a escolha final, particularmente no momento da conclusão do contrato com a loja online associada, a ausência de abrangência do site sobre esses termos não é, portanto, capaz de alterar substancialmente o comportamento do consumidor”¹⁸.

A explicação para essa interpretação pode ser intuída a partir de uma possível preferência que se esteja buscando para o desenvolvimento do comércio eletrônico. Assim, poder-se-ia explicar essa flexibilidade. Mas, ela não pode existir em razão de verdadeiras manipulações de indicadores de resultados (*scores*).

¹⁷ FRANÇA: Tribunal de apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. – nº 11/08322, 24 julho de 2014.** Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

¹⁸ FRANÇA: Tribunal de apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. – nº 11/08322, 24 julho de 2014.** Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

A Manipulação de Indicadores de Resultados (*scores*) pela Google

A manipulação de resultados levou a Google à Comissão Europeia. A Autoridade de concorrência da França, no seu parecer nº 10-A-29, de 14 de dezembro de 2010, sobre o funcionamento competitivo da publicidade em linha, já havia denunciado a possível de manipulação dos índices¹⁹. Alguns sítios eletrônicos haviam reclamado sobre as práticas da Google em relação ao *ranking* ou ao índice de qualidade que lhes tinham sido atribuídos. Eles tinham mencionado principalmente: que as modificações abruptas e, segundo eles, injustificadas dos *rankings* ou dos indicadores; e, que os *rankings* ou indicadores seriam mais favoráveis e que eles beneficiariam os próprios serviços da Google ou das suas subsidiárias, principalmente, o serviço de vídeo (*YouTube*) e o serviço de pesquisa geográfica (*Google Maps*). Este era exatamente o mesmo assunto que se colocou em questão perante a Comissão Europeia, como consequência das reclamações realizadas pelos fornecedores de serviços de busca verticais. Esses argumentaram que os seus serviços seriam penalizados nos resultados de pesquisas pagas e gratuitas da Google e que essa favoreceria os seus próprios serviços de busca verticais, concedendo-lhes uma posição preferencial.

Um caso semelhante ocorreu nos Estados Unidos da América, mas a *Federal Trade Commission* (FTC; em português, Comissão Federal do Comércio) o encerrou sem aplicar penalidade²⁰. Bruxelas tinha sido, sem dúvida, influenciada pelo resultado do processo estadunidense favorável à Google e a Comissão Europeia decidiu aceitar os contratos daquela empresa. Em um comunicado à imprensa em 5 de fevereiro de 2014, a Comissão Europeia declarou:

“A Comissão Europeia obteve da Google uma melhor proposta de contratos, como parte da investigação em curso sobre um abuso de posição dominante na esfera da busca online e das publicidades vinculadas às buscas online. Em sua proposta, a Google a partir de agora aceita garantir que ao promover seus

¹⁹ FRANÇA: Autoridade de concorrência. **Avis nº 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne**. Paris, 14 dez. 2010a. Disponível: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10a29.pdf>. Acesso: 11 out. 2019; FRANÇA: Autoridade de concorrência. **Opinion No 10-A-29 of 14 December 2010 on the competitive operation of online advertising**. Paris, 14 dez. 2010b. Disponível: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/10a29_en.pdf. Paris. Acesso: 11 out. 2019.

²⁰ Nota do revisor. Todos os casos referentes à Google, analisados pela FTC podem ser acessados na seguinte hiperligação: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Comissão Federal de Comércio. **Frequently requested records: Google**. Washington, 2019a. Disponível: <https://www.ftc.gov/about-ftc/foia/frequently-requested-records/google>. Acesso: 11 out. 2019.

próprios serviços especializados de busca na sua página da internet (por exemplo, produtos, hotéis, restaurantes, etc.), os serviços de três concorrentes, selecionados por um método objetivo, devem aparecer claramente visíveis para os usuários e em um formato comparável àquele utilizado para os seus próprios serviços (veja também o MEMO/14/87²¹). Este princípio se aplicará não apenas aos serviços de buscas especializadas existentes, mas também a qualquer alteração na apresentação destes serviços e aos serviços futuros”²².

Assim, Joaquín Almunia, à época, o vice-presidente da Comissão Europeia e responsável pela política da concorrência da União Europeia, declarou acerca desta proposta de contratos, feita pela Google:

“Minha missão é proteger a concorrência em benefício dos consumidores e não de proteger as empresas concorrentes. Minha convicção é que a nova proposta obtida da Google, após longas e difíceis negociações, responde às preocupações da Comissão. Sem impedir a Google de melhorar seus próprios serviços, essa proposta oferece aos usuários uma verdadeira escolha entre os serviços concorrentes apresentados de forma comparável; então caberá a eles escolher a melhor opção. Assim, tanto a Google, quanto os seus concorrentes serão capazes de inovar e de melhorar sua oferta e serão encorajados a fazê-lo. A transformação desta proposta em uma obrigação juridicamente vinculativa à Google permitiria restabelecer rapidamente as condições de concorrência leal e garantiria sua preservação para o futuro”²³.

Mesmo que o processo de contratos conduzisse à vitória da Google, um relatório da FTC veio à tona em março de 2015. Em 2012, a *Federal Trade Commission* (FTC) deveria investigar a Google e, em seguida, redigir um relatório para tornar público se a Google tinha abusado da sua posição dominante, ou não, ao desviar tráfego em seu benefício. Em outras palavras, a Google teria perpetrado alguma violação ao encaminhar os resultados da busca diretamente aos seus próprios serviços? À época, para o órgão de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América, não parecia haver qualquer dúvida: a Google tinha causado

²¹ UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **MEMO: Antitrust - Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals - frequently asked questions**. Bruxelas, 5 fev. 2014b. Disponível: https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-87_en.htm. Acesso: 11 out. 2019.

²² UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals**. Bruxelas, 5 fev. 2014a. Disponível: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm. Acesso: 11 out. 2019.

²³ UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals**. Bruxelas, 5 fev. 2014a. Disponível: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm. Acesso: 11 out. 2019.

prejuízo real aos consumidores bem como à inovação. Apesar disso, após 19 meses de investigação, mais de 9 milhões de documentos detalhados e horas de testemunho, a FTC finalizou o processo sem nenhuma penalidade. A maioria das acusações de direito antitruste tinha sido, portanto, abandonada. Uma vez concluído o acordo entre a FTC e a Google, era impossível conhecer as alegações reais contidas naquele relatório. Mas, conforme a legislação federal dos Estados Unidos da América, o direito subjetivo de acesso aos documentos públicos e oficiais está prevista pelo *Freedom of Information Act* (FOIA, no acrônimo de língua inglesa; em português, Lei de Liberdade de Informação), de 5 de julho de 1967²⁴. Por esse motivo, o *Wall Street Journal* decidiu exercer seu direito e pediu que a FTC fornecesse o relatório de investigação. E, por erro ou intencionalmente, a FTC disponibilizou um relatório de 160 páginas, resultado da investigação. Ao examinar suas páginas, os repórteres do *Wall Street Journal* logo perceberam que a conclusão era potencialmente incriminadora e contrária à Google²⁵. Essa matéria teve impacto global e, é claro, na França. Segundo os repórteres, a empresa teria, de fato, abusado da sua posição dominante, mas o relatório também apontaria para outros fatos. A Google também teria copiado o conteúdo de alguns *sites* rivais como o TripAdvisor ou a Amazon.com. A Google teria, ainda, até mesmo ameaçado os *sítios* eletrônicos rivais de desindexação, caso emitissem alguma objeção contra suas práticas. A Google teria usado o *ranking* de vendas da Amazon.com para seus próprios anúncios. Finalmente, a empresa Google também teria ameaçado seus próprios anunciantes e limitado as suas campanhas nos motores de buscas concorrentes, tais como o Bing ou o Yahoo. “Mais precisamente, ela impede os anunciantes de utilizar dados recolhidos por meio das campanhas publicitárias da Google para efetuar publicidade em outros sites”, pormenoriza o relatório, cujos trechos foram disponibilizados na matéria jornalística. O órgão de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América teria concluído que a Google teria apresentado “(...) o retrato complexo de uma empresa que opera no objetivo global de manter a sua quota de mercado,

²⁴ Nota do revisor. O FOIA está codificado no Título 5 do *United States Code*, nas seções (§) 552, 552a e 552b. O termo “seção” do direito estatutário federal dos Estados Unidos da América equivale ao termo “artigo” do direito francês, brasileiro e português. Ele pode ser conferido, como parte do *US Code* federal, na seguinte hiperligação: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Câmara de Representantes. **United States Code**. Washington, 2019. Disponível: <https://uscode.house.gov>. Acesso: 11 out. 2019; o *sítio* eletrônico do *Office of Information Policy* (OUP) do *US Department of Justice* (Ministério da Justiça) também é bem elucidativo sobre o tema: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Freedom of Information Act**. Washington, 2019b. Disponível: <https://www.foia.gov>. Acesso: 11 out. 2019.

²⁵ MULLINS, Brody; WINKLER, Rolfe; KENDALL, Brent. Inside the U.S. Antitrust Probe of Google: Key FTC staff wanted to sue Internet giant after finding ‘real harm to consumers and to innovation’. **Wall Street Journal**. Nova Iorque, 19 mar. 2015. Disponível: <https://www.wsj.com/articles/inside-the-u-s-antitrust-probe-of-google-1426793274>. Acesso: 11 out. 2019.

fornecendo a melhor experiência ao internauta, ao se acoplar simultaneamente em táticas que resultaram em um prejuízo causado a muitos concorrentes verticais, e que, provavelmente, contribuiu para consolidar o monopólio da Google sobre a pesquisa e a publicidade” (MULLINS, WRINKLER, KENDALL, 19 mar. 2015).

Deve-se ressaltar que este relatório – absolutamente – não é uma decisão judicial e que, como qualquer acusação formal, ele merece ser submetido ao princípio do contraditório. Mas antes mesmo de saber se a Google poderia efetivamente se defender contra essas acusações, não se pode deixar de perguntar: por que isto foi omitido, sem seguir adiante? Alguns jornalistas sugeriam que a Google estava entre os maiores doadores privados da campanha de reeleição de Barack Obama e que, à data dos fatos, os funcionários da Google haviam realizado 230 visitas à Casa Branca. O apoio da empresa à Barack Obama é, de fato, público e sólido, uma vez que o presidente dos Estados Unidos da América até mesmo veio a acusar implicitamente a Comissão Europeia de protecionismo:

“Para defender a Google e o Facebook, a resposta europeia é, por vezes, mais ditada por interesses comerciais do que por qualquer outra coisa. (...) As empresas europeias – os prestadores de serviços que, vocês sabem, não podem competir com os nossos – tentam principalmente dificultar nossas empresas de funcionar de forma eficiente” (BROUZE, 18 fev. 2015).

De qualquer maneira, o Senado dos Estados Unidos da América abriu uma investigação para descobrir se teria havido captura regulatória da FTC pela Google (LESNES, 31 mar. 2015). Por sua parte, a Comissão Europeia, após a divulgação do relatório da FTC, reabriu as suas investigações de abusos de posição dominante por parte da Google, tanto para o navegador *Chrome*, quanto para o sistema operacional *Android*. Em 15 de abril de 2015, a nova comissária europeia da concorrência, Margrethe Vestager, enviou à Google uma primeira “declaração de objeções” (UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia, 15 abr. 2015), culpando-a por abuso de posição dominante sobre o mercado de buscas *online*. Nessa declaração de objeções, de acordo com vários reclamantes, a empresa gigante do Vale do Silício teria favorecido seus próprios serviços de comparação, relegando os seus concorrentes às últimas posições nos resultados da pesquisa. A Comissão Europeia concluiu, preliminarmente, que a Google havia reservado sistematicamente um tratamento favorável ao seu comparador de preços (atualmente chamado de “*Google Shopping*”) em suas páginas de resultados de pesquisa gerais. Ao fazê-lo, a empresa arriscaria, portanto, desviar artificialmente o tráfego de serviços de comparação de preço dos concorrentes e de impedir esses serviços de lhe fazerem concorrência no mercado. A Comissão Europeia temia

que os usuários não veriam, necessariamente, os resultados mais relevantes para satisfazer os seus pedidos, o que prejudicaria os consumidores e, portanto, dificultaria a inovação. A Comissão Europeia considerava, a título preliminar, que, para pôr fim a tal comportamento, a Google deveria tratar seu próprio serviço de comparação de preços da mesma forma que a de seus concorrentes. O caso, conhecido por “*shopping case*”, também estava em processamento. Nele, a Google corria o risco de receber uma multa de, até, 10% do total de vendas global do grupo, que chegou a US\$ 66 bilhões em 2014. Portanto, esta seria uma multa de aproximadamente 6 bilhões de euros. Outro caso dizia respeito ao *Android Market*, também acusado de favorecer os serviços da Google em relação aos de seus concorrentes. A lista de problemas era longa e contínua. Todavia, nenhuma punição parecia operar qualquer tipo de resultado. Diante de tais dificuldades para alteração de comportamentos, alguns pesquisadores começaram a debater que, em vez de esperar, a realização de abusos e de tentar suprimi-los, não sem dificuldades, a posteriori, deveria se tentar impedi-los. Essa proposição tomou a forma de um princípio de lealdade das plataformas, que será descrito na conclusão do artigo.

CONCLUSÃO: O PRINCÍPIO DE LEALDADE DAS PLATAFORMAS

A Comissão Europeia lançou uma consulta pública intitulada “*Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*” (em português, “consulta pública sobre o ambiente regulatório em plataformas, os intermediários *online*, os dados e computação em nuvem e a economia colaborativa”, durante o período de 24 de setembro de 2015 até 6 de janeiro de 2016 (UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia, 6 maio 2015). Os membros da rede acadêmica Trans Europe Experts (2015) responderam a esta consulta sugerindo que:

“No tocante ao regime de aplicação, com efeito, além de uma responsabilidade pelo conteúdo da informação da quais elas são intermediárias, deve ser imposta às plataformas uma obrigação de lealdade. Tal tipo de obrigação deve ser plural e incidir sobre a informação que será fornecida aos usuários – a qual deve ser leal, fidedigna, transparente e inteligível, de modo a aclará-los acerca do papel desempenhado pela plataforma – e sobre as relações que elas mantêm com os diferentes atores da econômica digital. Essa obrigação deve, também, incidir sobre as finalidades das coletas de dados gerados ou publicados pelos usuários das plataformas. (...). Além disso, as informações essenciais, isto é, capazes de

determinar o comportamento econômico do consumidor, devem ser destacadas em um encarte resumido, em especial as seguintes informações: - informação sobre o critério de referenciamento e de classificação de conteúdo” (TRANS EUROPE EXPERTS, 30 dez. 2015).

O tema acaba de ser incorporado ao Direito da União Europeia, com a aprovação do Regulamento (UE) 2019/1150, de 20 de junho de 2019 (ESTADO DE SÃO PAULO, 14 fev. 2019; UNIÃO EUROPEIA, 20 jun. 2019). Além da sugestão dos especialistas franceses para que esse tema jurídico entrasse na regulação da União Europeia, essa obrigação de lealdade das plataformas também fez o seu caminho para o direito nacional francês. A “Lei para a República Digital” (*Loi pour la République numérique*)” previu, na seção 3 do seu Título II, disposições dedicadas ao tema da “*loyauté des plateformes et information des consommateurs*” (“lealdade das plataformas e informação aos consumidores”). Por força do artigo 49 dessa Lei (FRANÇA, 7 out. 2016), o artigo L. 117-7 do Código de Consumo ficou assim redigido:

Art. L. 111-7.

I. – Será qualificada como operador de plataforma em linha toda pessoa física ou jurídica que atue, a título profissional, de maneira remunerada, ou não, em um serviço de comunicação em linha ao público, baseado sobre:

1º A classificação ou indexação, por meio de algoritmos informáticos, de conteúdo, de bens ou de serviços ofertados ou disponibilizados, em linha, por terceiros;

2º A intermediação de várias partes para a venda de um bem, para a prestação de um serviço ou, para a troca ou compartilhamento de um conteúdo, de um bem ou de um serviço

II. – Todo operador de plataforma em linha é obrigado a entregar ao consumidor uma informação leal, clara e transparente sobre:

1º As condições gerais de utilização da atividade de intermediação que propõe e, também, sobre as modalidades de indexação, de classificação e de desindexação de conteúdo, de bens ou de serviços, aos quais a referida atividade permite acessar;

2º A existência de uma relação contratual, de uma relação financeira ou de uma remuneração em seu benefício, desde que elas possam influenciar a classificação ou a indexação de conteúdo, de bens ou de serviços ofertados ou disponibilizados, em linha, por terceiros;

3º A qualidade de anunciante e os direitos e obrigações das partes, em matéria civil e fiscal, quando os consumidores são colocados em relação intermediada com profissionais e não profissionais (FRANÇA, 2019b).

Como pode ser visualizado, o texto legal foi bem-sucedido e fixou o princípio de lealdade das plataformas em face aos consumidores. Tal princípio afirmado, solenemente, não pode, é claro, ser prejudicial. Mas qual penalidade será aplicada em caso de violação desta obrigação de lealdade? De fato, sem penalidade adequada, tal regra corre o risco de ser ignorada. Seria possível pensar em uma lei superveniente para fixar diversas sanções e organizar vários dos meios já existentes no direito francês que visam coibir as práticas desleais e restritivas. Há duas opções. Pela primeira opção, seria possível aventar a competência do Ministro da Economia de coibir tais práticas e aplicar multas, com base no artigo L. 442-4 do Código de Comércio (FRANÇA, 2019c). Pela segunda opção, seria possível pensar nas multas administrativas previstas na Lei Hamon de 17 de março de 2014 (FRANÇA, 2014). A Lei Hamon reorganizou o sistema legal e administrativo de proteção ao consumidor e à concorrência. A Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão de Fraudes (DGCCRF) é um dos órgãos administrativos que poderiam atuar nessa seara.

De outro lado, a União Europeia tem produzido uma ampla gama de políticas para o Mercado Único Digital, as quais auxiliam no desenvolvimento dessa agenda regulatória em França, nos demais países da Região e, por influência econômica ou do modelo, no restante do mundo (UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia, 2019). Em suma, frente a este quadro que mostra todas as dificuldades que se tem que lutar contra as práticas desleais dos gigantes da internet, deve-se dispor de todos os meios e recursos disponíveis. Não é apenas o direito das práticas comerciais desleais em sentido estrito que pode ser útil. Deve-se mobilizar todo o direito aplicável aos mercados (práticas desleais, proteção de dados pessoais, proteção antitruste, etc.) para tentar haver uma influência efetiva e benigna nas práticas dos gigantes da Internet.

REFERÊNCIAS

Doutrina

BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. Concurrence et gratuité. In: MARTIAL-BRAZ, Nathalie (ed.); ZOLINSKI, Célia (ed.). **La gratuité, un concept aux frontières de l'Economie et du droit**. Paris: LGDJ, 2013, p. 185 et seq.

BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. “Être interopérable ou ne pas être: telle est la question!” (à propos de l'arrêt Microsoft du Tribunal de première instance

- des communautés européennes du 17 septembre 2007). **Communication, Commerce Électronique**, n. 3, mar. 2008.
- BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. De la difficile appréciation du délai raisonnable pour rompre une relation commerciale établie. **Revue des contrats**, n. 2, p. 431 *et seq.*, abr. 2006.
- BOULET, Laura; FROSSARD, Laureline. Chronique: un an de droit de la publicité. **Communication, Commerce Électronique**, n. 7-8, jul. 2014.
- DEBET, Anne. Des limites posées aux publicités pour les boissons alcoolisées sur les réseaux sociaux. **Communication, Commerce Électronique**, n. 10, out. 2013.
- FREGET, Olivier. Accès aux infrastructures essentielles et accès réglementé: la nécessité d'une mise à jour d'un concept 'incontournable'? **Revue Concurrences**, n. 2, maio 2011.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Réguler les entreprises cruciales. **Recueil Dalloz**, ano 190, n. 27 (7608), p. 1556-1563, 24 jul. 2014.
- GRYNBAUM, Luc. Commentaire. **Révue Lamy de droit de l'immatériel**, p. 2971, 2013.
- HENORET-MARCELLESI, Doris. Les infrastructures essentielles dans le secteur des nouvelles technologies. **Gazette du Palais**, n. 202, 21 jul. 2005, p. 32 *et seq.*
- LOISEAU, Grégoire. La publicité, même gratuite, est une publicité qui doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. **Communication, Commerce Électronique**, n. 5, maio 2013.
- LOISEAU, Grégoire. Quand les lois de la consommation servent aussi celles de la concurrence. **Communication, Commerce Électronique**, n. 2, fev. 2013.
- MALLET-PUJOL, Nathalie. Internet e o direito ao esquecimento digital. *Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação*, 12(1), p. 145-170, 2018. Disponível: <https://doi.org/10.26512/rici.v12.n1.2019.12649>. Acesso: 17 set. 2019.
- MANARA, Cédric. Publicité sur internet: promotion par voie de référencement prioritaire d'offres. **Récueil Dalloz**, ano 188, n. 44 (7537), p. 2956-2960, 27 dez. 2012.
- MARTIAL-BRAZ, Nathalie (ed.); ZOLINSKI, Célia (ed.). **La gratuité, un concept aux frontières de l'Economie et du droit**. Paris: LGDJ, 2013.

TRANS EUROPE EXPERTS. **Réglementation de l'activité des plateformes en ligne et sort des données : les réponses du réseau d'experts européens en droit à la consultation publique de la Commission européenne relative à l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative.** Paris, 30 dez. 2015. Disponível: <http://www.transeuropexperts.eu/documents/Synth%C3%A8se%20Plateforme%20TEE.pdf>. Acesso: 8 out. 2019.

TRANS EUROPE EXPERTS. **Réseau européen d'experts en droit – European network of legal experts.** Paris, 2015. Disponível: <http://www.transeuropexperts.eu/>. Acesso: 8 out. 2019.

ZOLYNSKI, Célia. Publicité en ligne et pratiques commerciales déloyales. In: BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. **L'efficacité du droit face à la puissance des géants de l'internet, v. 1.** Paris: IRJS Editions 2015, p. 58-68.

Decisões Judiciais e Administrativas

Decisões Judiciais Francesas

FRANÇA: Conselho Constitucional. **Décision N° 2015-484 QPC** (Incrimination de la mise en relation de clients avec des conducteurs non professionnels). Paris: Journal Officiel de la République Française, 25 set. 2015, p. 17083. Disponível:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000031256028&fastReqId=1559159952&fastPos=1>. Acesso: 4 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 19 janvier 2016, n° de pourvoi 14-21670 et 14-21671.** Paris, 19 jan. 2016. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00031899642>. Acesso: 9 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mercredi 3 juillet 2013, n° 12-22633.** Paris, 3 jul. 2013. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00027670955>. Acesso: 4 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 4 décembre 2012, n° de pourvoi: 11-27729.** Paris, 4 dez. 2012. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00>

0026742544<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000026742544>. Acesso: 4 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 29 novembre 2011 - n° de pourvoi 10-27402**. Paris, 29 nov. 2011. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024915823>. Acesso: 10 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 18 décembre 2007, n° de pourvoi: 06-10390**. Paris, 18 dez. 2007. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00017741107>. Acesso: 5 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 25 septembre 2007, n° de pourvoi 06-15517**. Paris, 25 set. 2007. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00007626465>. Acesso: 7 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 6 février 2007, n° de pourvoi: 03-20463**, Paris, 6 fev. 2007. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017634884>. Acesso: 7 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mercredi 23 avril 2003, n° 01-11664**. Paris, 23 abr. 2003. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00007049228>. Acesso: 4 out. 2019.

FRANÇA: Corte de Cassação. **Audience publique du mardi 12 octobre 1993, n° de pourvoi 91-16988 et 91-17090**. Paris, 12 out. 1993. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00007031245>. Acesso: 7 out. 2019.

FRANÇA: Tribunal de Apelação de Lyon. **SARL Concurrence contre S.A.S. X. - n° 11/08322, 24 julho de 2014**. Paris: Doctrine, 2019. Disponível: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R6A1AE55FC0820A6369DA>. Acesso: 10 out. 2019.

FRANÇA: Tribunal de Apelação de Paris. **Arrêt de 24 juin 2014 (n° 119), inscription 2013/06758**. Paris, 24 jun. 2014. Disponível: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca_13d07.pdf. Acesso: 9 out. 2019.

FRANÇA: Tribunal de Apelação de Paris. **Arret du 22 janvier 2013, n° 11/05403.** Paris, 22 jan. 2013. Disponível: <https://webgate.ec.europa.eu/ucp/public/index.cfm?event=public.cases.showDecision&caseId=579&languageID=FR>. Acesso: 4 out. 2019.

Decisões e Pareceres Administrativos Franceses

FRANÇA: Autoridade da Concorrência. **Décision n° 15-D-13 du 9 septembre 2015 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Gibmedia.** Paris, 9 set. 2015. Disponível: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/15d13.pdf>. Acesso: 8 out. 2019.

FRANÇA: Autoridade da Concorrência. **Décision n° 13-D-07 du 28 février 2013 relative à une saisine de la société E-kanopi.** Paris, 28 fev. 2013. Disponível: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/13d07.pdf>. Acesso: 9 out. 2019.

FRANÇA: Autoridade de concorrência. **Avis n° 12 A-20 du 18 de septembre 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.** Paris, 18 set. 2012. Disponível em: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/12a20.pdf>. Acesso: 4 out. 2019.

FRANÇA: Autoridade de concorrência. **Avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.** Paris, 14 dez. 2010a. Disponível: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10a29.pdf>. Acesso: 11 out. 2019.

FRANÇA: Autoridade de concorrência. **Opinion No 10-A-29 of 14 December 2010 on the competitive operation of online advertising.** Paris, 14 dez. 2010b. Disponível: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/10a29_en.pdf. Paris. Acesso: 11 out. 2019.

FRANÇA: Autoridade da Concorrência. **Décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet.** Paris, 28 out. 2010. Disponível: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10d30.pdf>. Acesso: 8 out. 2019.

Decisões judiciais do Tribunal de Justiça da União Europeia

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça. **Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Grande Secção) de 17 de setembro de 2007 – Microsoft Corp. contra Comissão das Comunidades Europeias - Processo T-201/04.** Luxemburgo, 17 set. 2007. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62004TJ0201>. Acesso: 10 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça. **Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 29 de abril de 2004 - IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG. - Processo C-418/01.** Luxemburgo, 29 abr. 2004. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0418>. Acesso: 10 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça. **Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 26 de novembro de 1998 - Oscar Bronner GmbH & Co. KG contra Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG - processo C-7/97.** Luxemburgo, 26 nov. 1998. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0007>. Acesso: 10 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça. **Acórdão do Tribunal de 6 de abril de 1995 - Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comissão das Comunidades Europeias - processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P.** Luxemburgo, 6 abr. 1995. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0241>. Acesso: 10 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Tribunal de Justiça. **Acórdão do Tribunal de 6 de março de 1974 - Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation contra Comissão das Comunidades Europeias - processos apensos 6 e 7-73.** Luxemburgo, 6 mar. 1974. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0006>. Acesso: 10 out. 2019.

Legislação e Fontes Jurídicas

Legislação Francesa

FRANÇA. **Code civil**, Paris, 2019a. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso: 4 out. 2019.

- FRANÇA. **Code de la consommation**. Paris, 2019b. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>. Acesso: 7 out. 2019.
- FRANÇA. **Code de Commerce**. Paris, 2019c. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379>. Acesso: 7 out. 2019.
- FRANÇA. **Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (1)**. Paris: Journal Officiel de la République Française, 21 abr. 2018. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036825602&categorieLien=id>. Acesso: 4 out. 2019.
- FRANÇA: Assembleia Nacional. **Proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique**. Paris, 21 fev. 2018. Disponível: <http://www.assemblee-nationale.fr/15/propositions/pion0703.asp>
- FRANÇA. **Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique**. Paris, 7 out. 2016. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746>. Acesso: 8 out. 2019.
- FRANÇA. **Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques**. Paris, 6 ago. 2015. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561>. Acesso: 7 out. 2019.
- FRANÇA. **Loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur**. Paris, 1 out. 2014. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029527162>. Acesso: 17 set. 2019.
- FRANÇA. **Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation**. Paris, 17 mar. 2014. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036>. Acesso: 9 out. 2019.
- FRANÇA. **Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce**. Paris, 18 set. 2000. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000333548>. Acesso: 7 out. 2019.

FRANÇA. **Loi n° 96-588 du 1 juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.** Paris, 1 jul. 1996. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000560166>. Acesso: 7 out. 2019.

FRANÇA. **Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.** Paris, 1 dez. 1986. Disponível: https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000333548. Acesso: 7 out. 2019.

FRANÇA: Conselho Constitucional. **Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur.** Paris, 4 out. 1958. Disponível: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso: 7 out. 2019.

Direito e Comunicados da União Europeia

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativo à promoção da equidade e da transparência para os utilizadores profissionais de serviços de intermediação em linha.** Bruxelas, 20 jun. 2019. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1568719209879&uri=CELEX:32019R1150>. Acesso: 8 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **Digital Single Market – Policy – Online Platforms.** Bruxelas, 2019. Disponível: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>. Acesso: 8 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 7 jun. 2016, p. 89 (C 202/89).

UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy.** Bruxelas, 6 maio 2015. Disponível: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>. Acesso: 8 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **Antitrust – Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android.** Bruxelas, 15 abr.

2015. Disponível: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm

UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals**. Bruxelas, 5 fev. 2014a. Disponível: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm. Acesso: 11 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA: Comissão Europeia. **MEMO: Antitrust - Commission obtains from Google comparable display of specialized search rivals - frequently asked questions**. Bruxelas, 5 fev. 2014b. Disponível: https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-87_en.htm. Acesso: 11 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (versão codificada)**. Bruxelas, 12 dez. 2006. Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>. Acesso: 10 out. 2019.

Decisões judiciais, administrativas e direito dos Estados Unidos da América

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Câmara de Representantes. **United States Code**. Washington, 2019. Disponível: <https://uscode.house.gov>. Acesso: 11 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Comissão Federal de Comércio. **Frequently requested records**: Google. Washington, 2019. Disponível: <https://www.ftc.gov/about-ftc/foia/frequently-requested-records/google>. Acesso: 11 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Escritório de Informação Pública. **Freedom of Information Act**. Washington, 2019. Disponível: <https://www.foia.gov>. Acesso: 11 out. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Suprema Corte. **United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912)**. Washington, 22 abr. 1912. Disponível: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383>. Acesso: 9 out. 2019.

Matérias Jornalísticas

BROUZE, Emilie. Obama soutient Google et Apple face à l'Europe et ses "intérêts commerciaux". **L'OBS avec Rue89**. Paris, 18 fev. 2015. Disponível: <http://rue89.nouvelobs.com/zapnet/2015/02/18/obama>

soutient-google-apple-face-a-leurope-interets-commerciaux-257769.

Acesso: 11 out. 2019.

CHAMPEAU, Guillaume. **UberPOP: les dirigeants d'Uber France condamnés, mais ils échappent au pire**. Paris: Numerama (politique), 10 jun. 2016. Disponível: <https://www.numerama.com/politique/175270-uberpop-dirigeants-duber-france-condamnes-echappent-pire.html>.

Acesso: 4 out. 2019.

DUFFEZ, Olivier. **Parts de marché des moteurs de recherche (France, USA, monde)**, Paris, 21 ago. 2019. Disponível: <http://www.webrankinfo.com/dossiers/etudes/parts-moteurs-usa-2013-07>.

Acesso: 7 out. 2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. **UE aprova nova lei para evitar práticas desleais dos gigantes de tecnologia**. São Paulo, 14 fev. 2019. Disponível: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,ue-aprova-nova-lei-para-evitar-praticas-desleais-de-gigantes-de-tecnologia,70002721511>. Acesso: 8 out. 2019.

KARAYAN, Raphaële. Un opticien en ligne français attaque Google devant l'Autorité de la concurrence. **L'express**. Paris, 22 maio 2014. Disponível: https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/un-opticien-en-ligne-francais-attaque-google-devant-l-autorite-de-la-concurrence_1545551.html.

Acesso: 4 out. 2019.

LA TRIBUNE. **Procès UberPop: 1 million d'euros d'amende requis contre Uber France**. Paris: La Tribune, 12 fev. 2016. Disponível: <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/proces-uberpop-1-million-d-euros-d-amende-requis-contre-uber-france-550569.html>. Acesso: 4 out. 2019.

LE FIGARO. **Deux dirigeants d'Uber jugés aujourd'hui devant le tribunal correctionnel**. Paris: Le Figaro – tech & web, 30 set. 2015. Disponível: <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/test/2015/09/30/32003-20150930ARTFIG00179-deux-dirigeants-d-uber-juges-aujourd-hui-devant-le-tribunal-correctionnel.php>. Acesso: 4 out. 2019.

LE MONDE. **Uber France condamné pour “pratique commerciale trompeuse”**. Paris: Le Monde, 18 mar. 2016. Disponível: <http://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2016/03/18/uber->

france-condamne-pour-pratique-commerciale-trompeuse_4885530_1656968.html. Acesso: 4 out. 2019.

LESNES, Corine. Le Sénat américain va enquêter sur Google: Le comité anti-trust de la commission des lois doit examiner les conditions dans lesquelles le moteur de recherche a été blanchi, en 2013, des accusations d'abus de position dominante. **Le Monde**. Paris, 31 mar. 2015. Disponível: https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/03/31/le-senat-americain-va-enqueter-sur-google_4606211_3234.html. Acesso: 11 out. 2019.

MULLINS, Brody; WINKLER, Rolfe; KENDALL, Brent. Inside the U.S. Antitrust Probe of Google: Key FTC staff wanted to sue Internet giant after finding 'real harm to consumers and to innovation'. **Wall Street Journal**. Nova Iorque, 19 mar. 2015. Disponível: <https://www.wsj.com/articles/inside-the-u-s-antitrust-probe-of-google-1426793274>. Acesso: 11 out. 2019.