



POLICY BRIEFS

Competition Law and Policy in Brazil 2005

Introduction

Policy Briefs offer easy to read, short syntheses of reports and country reviews, focusing on their most important findings. This Policy Brief looks at competition law and policy in Brazil.

Overview

The modern era of competition policy in Brazil began in 1994 with the enactment of a new law as part of the “Real Plan”, a set of policies developed to deal with a period of hyperinflation. The law established a Brazilian Competition Policy System (BCPS) consisting of three agencies: the Administrative Council for Economic Defence (CADE), the Economic Law Office (SDE) in the Ministry of Justice, and the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in the Ministry of Finance.

The BCPS agencies exhibit a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; have an excellent leadership cadre; and enjoy a supportive business community. They are hindered, however, by a counter-productive institutional structure, inadequate staff, certain statutory provisions that interfere with efficient and effective law enforcement, and a slow judicial review system that is unfamiliar with competition law.

A 2005 Report recommends changes that the CADE itself can make to enhance performance, and also suggests a variety of statutory modifications that would improve the legal environment for competition policy.

Related Topics

Competition Law and Policy in Latin America - Peer Reviews of Argentina, Brazil, Chile, Mexico and Peru (2006)

Policy Brief: Competition Law and Policy in Argentina (2006)

Competition Law and Policy in Brazil - A Peer Review (2005)

Policy Brief: Competition Law and Policy in Mexico (2004)

Competition Law and Policy in Brazil

How is competition law enforced in Brazil?

What are the principal strengths and weaknesses of the BCPS?

How can Brazil make the BCPS more effective?

What can CADE do to increase its effectiveness?

For further information

For further reading

Where to contact us?

Introduction

The modern era of competition policy in Brazil began in 1994 with the enactment of a new law as part of the “Real Plan”, a set of policies developed to deal with a period of hyperinflation. The law established a Brazilian Competition Policy System (BCPS) consisting of three agencies: a re-configured Administrative Council for Economic Defence (CADE), which had originally been created in 1962, the Economic Law Office (SDE) in the Ministry of Justice, and the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in the Ministry of Finance. CADE has adjudicative authority in BCPS cases, while SDE has the principal investigative role, and SEAE is primarily responsible for providing economic analysis.

An OECD report in 2000 reviewed the activities of the BCPS since 1994, concluding that while much had been achieved in the effort to develop a fully functioning market economy in Brazil, much remained to be done. In 2005, the OECD updated the earlier study with a new assessment, concluding that, despite serious handicaps, the BCPS has made substantial headway during the past five years in implementing sound competition policy in Brazil. The BCPS agencies exhibit a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; have an excellent leadership cadre; and enjoy a supportive business community. They are hindered, however, by a counter-productive institutional structure, inadequate staff, certain statutory provisions that interfere with efficient and effective law enforcement, and a slow judicial review system that is unfamiliar with competition law. The 2005 Report recommends changes that the CADE itself can make to enhance performance, and also suggests a variety of statutory modifications that would improve the legal environment for competition policy. ■

How is competition law enforced in Brazil?

The competition law establishes CADE as an autonomous agency consisting of a President and six Council members (or commissioners) appointed by the President of the Republic and approved by the national Senate for terms of two years, with the possibility of reappointment for one additional term. The members may not be removed from office except for cause. SDE, headed by a Secretary appointed by the justice minister, has a prosecutorial role, undertaking investigative functions and some preliminary enforcement functions. SEAE, headed by a Secretary appointed by the finance minister, has the same investigative powers as SDE, but no prosecutorial functions. The law requires SEAE to provide a technical analysis report to SDE on all merger transactions that are notified to the BCPS and also permits (but does not require) SEAE to provide opinions on investigations of commercial conduct opened by SDE.

Amendments to the competition law in 2000 expanded the investigative powers of the BCPS. The law now provides not only authority to compel production of documents and witnesses, but also permits the agencies to issue search warrants with 24 hours advance notice and request that the Federal Attorney obtain judicial warrants to execute unannounced search warrants (“dawn raids”). The amendments also empowered SDE to enter into leniency agreements under which individuals and corporations, if they co-operate in a case, are excused from some or all of the civil penalties for unlawful conduct under the competition law and protected from criminal prosecution under Brazil’s economic crimes law.

The substantive provisions of Brazil’s competition law appear in three articles. Articles 20 and 21 deal with all types of anti-competitive conduct other than mergers, while mergers, acquisitions, and similar transactions are addressed in Article 54. Article 20 provides that “any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed a violation of the economic order”. The specified effects are:

- to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise;
- to control a relevant market of a certain product or service;
- to increase profits on a discretionary basis; and
- to abuse one’s market control.

Article 21 contains a lengthy but non-exclusive list of acts, including various kinds of horizontal and vertical agreements and unilateral abuses of market power, that are considered unlawful if they produce the effects enumerated in Article 20. In 1999, CADE issued enforcement guidelines for actions under Articles 20 and 21 specifying that for either horizontal or vertical restrictions to be found illegal, there must be evidence of the existence of market power as well as an anti-competitive effect on a substantial share of the relevant market. Although the guidelines do not specify that cartels are illegal per se, CADE assumes that anticompetitive effects exist once a cartel is shown to have market power.

Article 54 provides that “any acts that may limit or otherwise restrain open competition, or that result in the control of relevant markets for certain products or services” must be submitted to CADE for review. This requirement thus applies to all agreements and not merely to mergers. Advance notification is not, however, required and penalties attach only if the filing occurs more than 15 business days after the transaction. In practice, most penalties imposed for failure to file a notification relate to transactions that entail some structural realignment among the parties, and most filings relate to mergers and acquisitions rather than to other commercial agreements. The law establishes special notification thresholds for acts that constitute mergers. Notification is mandatory for any form of economic concentration where the resulting entity accounts for 20% of a relevant market or where any of the transaction participants had total turnover in the previous year of BRL 400 million (USD 156 million). An important decision by CADE in January 2005 determined that annual turnover would henceforth be measured using Brazilian rather than worldwide sales.

The competition law does not specify the substantive standard to be employed in reviewing mergers, but Horizontal Mergers Guidelines issued jointly by SDE and SEAE in 2001 specify that transactions will be assessed in terms of their economic welfare effects. Although CADE has not formally adopted the Merger Guidelines, it treats them as non-binding guidance and its most recent merger decisions have rejected transactions only if they entail anti-competitive consequences that are not offset by efficiency gains sufficient to increase consumer surplus.

CADE’s final decisions are subject to review in the courts and parties to CADE proceedings may also seek judicial intervention during the course of CADE proceedings. Judicial review proceedings are typically lengthy and few CADE cases have reached final resolution in the courts. In addition to the competition law itself, antitrust violations may also be attacked as crimes in court by public prosecutors, and the victims of antitrust violations may seek damages in private suits (although very few cases of the latter kind have ever been filed).

The competition law applies economy-wide and contains no express exclusions for particular sectors or firms. Commercial enterprises owned by federal or state governments are covered, as are companies operating in regulated sectors. In applying the statute to regulated firms, CADE avoids creating conflict with the operative regulatory scheme, and does not prosecute firms for unilateral conduct mandated or controlled by regulatory agencies. One exception to CADE’s universal jurisdiction has arisen in the banking sector, where there is a longstanding disagreement between the Central Bank and CADE over the control of bank mergers.

At present, three pieces of proposed legislation designed to re-model the competition law system in Brazil are pending. The first is a wide-ranging revision of the competition law that would combine SDE with CADE; add new institutional elements to CADE’s structure; and redefine SEAE’s role in the competition regime. The revisions would also institute a pre-merger notification system; alter the present triggering requirements for reporting mergers; and make other changes in the substantive and remedial provisions

of the law. The second proposal is an omnibus bill intended to revise and standardise the procedural requirements applicable to sector regulatory agencies, including various provisions affecting the relation between the sector regulators and the competition regime. The third bill would resolve the jurisdictional controversy respecting banks by giving exclusive jurisdiction over bank mergers to CADE, except for those involving a risk to the overall stability of the financial system, for which exclusive authority would lie with the Central Bank. ■

What are the principal strengths and weaknesses of the BCPS?

Particular strengths of the BCPS include a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; an excellent leadership cadre; and a supportive business community.

Weaknesses include a counter-productive institutional structure and a staff that is neither sufficient in size nor compensated adequately to retain qualified employees over the long term. The consequences of inadequate staff include poor institutional memory, inefficiency, and delay. Also, some statutory provisions relating to merger notification and to the leniency programme interfere with efficient and effective law enforcement, and the unfamiliarity of the courts with competition law is yet another source of difficulty. ■

How can Brazil make the BCPS more effective?

Consolidate the investigative, prosecutorial, and adjudicative functions of the BCPS into one autonomous agency.

There is a clear consensus in Brazil, supported by a decade of experience, that the current structure of the BCPS is not merely inefficient but counter-productive. The proposed legislation, by combining SDE with CADE and redirecting SEAE to focus on competition advocacy rather than case investigation, effectively consolidates all of the essential law enforcement functions of the BCPS into a single, autonomous agency. An alternate model, under which the President of CADE would be empowered to appoint (and remove) the Director General subject to approval by the Plenary, might deserve consideration if Brazil wishes to vest greater authority to control the law enforcement agenda in the hands of the President and the Plenary.

Protect the autonomy of the re-constituted CADE by extending the terms of the commissioners, the Director General, and other senior officers to at least four years (and preferably five), and by making commissioners' terms non-coincident.

The present statute, which provides that commissioners will serve a two-year term with the possibility of re-appointment for a second term, detracts from CADE's autonomy by creating an incentive for sitting commissioners to adjust their decisions in order to win re-appointment. Even if such adjustment never actually occurs, the short term limit creates the suspicion that it could. The proposed statute contemplates four-year terms. Because the President of Brazil serves a four-year term, consideration might also be given to establishing five-year terms, on the grounds that officers of autonomous agencies should have terms longer than that of the appointing political agent. Further, as the proposal provides, terms should be made non-coincident, to forestall the simultaneous replacement of all or most of the commissioners.

In making appointments, accord due consideration to the importance of technical expertise in economics and competition law.

Competition agencies apply broadly written legal standards to what can be highly complex forms of commercial activity. Technical expertise is important not only because of the high stakes for the parties involved, but also because ill-considered enforcement of a competition law can materially impair economic vitality, discourage investment, and reduce innovation.

Fix the Plenary's quorum at four (rather than five as now required in all cases) whenever the number of commissioners available to vote on a case is reduced to four by vacancies or recusals.

Adopt legislation creating CADE career positions and provide adequate resources to hire and retain a sufficient number of qualified professional staff.

Without career and permanent positions, CADE cannot compete effectively against other agencies to hire qualified personnel. Further, the problems that CADE faces cannot be resolved simply by creating career staff positions, because the number of, and the compensation associated with, those positions is also critically important. In any event, additional resources are warranted if SDE and CADE are to continue increasing the effort devoted to cartel enforcement (as recommended elsewhere in the report). Consideration might be given to the economic feasibility of establishing CADE regional offices in locations across Brazil.

Revise proposed bill to eliminate allocation of fine proceeds to CADE and SEAE.

The proposed bill allocates 25% of revenue from fines to CADE and an equal amount to SEAE, with the remaining 50% directed to the Fund for the Defence of Diffused Rights. The better practice is to remit fines to a general account disassociated from the enforcement agency.

Modify the merger notification and review process to:

- Adopt an explicit standard for reviewing the competitive implications of merger transactions (such as that in the proposed legislation, which prohibits mergers that “eliminate competition in a substantial part of the relevant market, that can create or strengthen a dominant position, or that can dominate a relevant market”).
- Establish a pre-merger notification system.
- Eliminate the present market share notification threshold and adopt thresholds based on the domestic turnover of both the larger and the smaller parties to the transaction.
- Eliminate notification of non-merger transactions, because the costs imposed by broad notification systems on the business community and on the enforcement agency typically exceed the resulting benefits to competition.
- Provide for expedited review and clearance of transactions that do not raise competitive concerns.

- Establish a final deadline by which CADE must determine whether to block a merger (rather than merely a deadline, as provided by the proposed law, by which transactions must be scheduled for judgment).
- Establish formal settlement procedures for merger cases.

Modify the leniency program to:

- Eliminate exposure of leniency participants to prosecution under other criminal laws (such as those against racketeering and conspiracy) in addition to the Economic Crimes Law.
- Reduce the exposure of leniency participants to civil damages awards.
- Adopt regulations providing that incriminating evidence provided by leniency programme applicants will not be used against them if they are found ineligible for participation.

Consider designating specialised judges and appellate panels to resolve competition law issues.

Limit the Economic Crimes Law to cartel violations.

Consider limiting civil suits for antitrust damages to parties and conduct that have been subject to a specific finding of illegality by CADE.

Adopt the provisions in the omnibus sector agency bill that establish standard procedures for enforcing the competition law and for participation by SEAE in agency proceedings to promulgate norms and regulations.

Adopt the pending bill providing for allocation of competition law enforcement authority in the banking sector. ■

What can CADE do to increase its effectiveness?

Address anti-competitive restraints by state and local governments.

CADE should employ its consultation procedure and its authority under Article 7 X (which confers power on CADE to request action from federal agencies and from “state, municipal, Federal District and territorial authorities”) to examine anti-competitive restraints imposed by state and local governments.

Serve as a competition advocate with respect to federal legislation and regulatory programs.

Although the proposed bill provides SEAE with special responsibility for assessing the competitive implications of government regulatory activities, CADE will still retain and should exercise its power under Article 7 X of the competition law to request that federal agencies take any actions necessary for compliance with the competition law. CADE should also maintain its interpretation of Article 7 X under which CADE is vested with authority to recommend changes in anti-competitive regulations.

Update the 2001 Horizontal Merger Guidelines.

A project to revise the guidelines would provide an opportunity for the BCPS to describe more accurately the analytical elements actually employed in the examination of mergers and to address the merger review recommendations issued by the International Competition Network.

Assure that case decisions enable the public to assess rationality and fairness in application of the competition law.

Because the private sector needs a clear understanding of legal constraints if it is to engage in efficient business planning, decisions issued by CADE should tie its analysis to applicable guidelines and identify whether the agency is introducing a new or modified analytic element.

Permit settlement of conduct cases by consent even where the defendant admits unlawful behaviour.

Conduct cases are now settled by consent only in circumstances where the defendant does not admit guilt and where no monetary fine is assessed by CADE. A settlement mechanism should also be available where a defendant does not wish to contest CADE's charges and is willing to plead guilty, pay a fine, and accept an order terminating the offending conduct.

Treat private suits seeking antitrust damages as opportunities for competition advocacy and develop more information about the competitive impact of such litigation.

A court handling a private suit that involves application of the competition law must notify CADE and invite CADE to assist in the proceeding. CADE's policy is to accept such invitations only when the conduct at issue in the private action has been the subject of a CADE proceeding and CADE has rendered a final decision on the conduct's legality. With respect to cases for which CADE has no proceeding of its own, CADE should consider treating such invitations as opportunities for competition advocacy. CADE should also develop a database containing information about the volume, nature, and outcome of civil suits for antitrust damages.

Continue existing BCPS programs to:

- focus law enforcement efforts on cartel cases;
- develop law enforcement cooperation agreements with sector regulatory agencies and prosecute anti-competitive conduct by firms in regulated sectors;
- establish consensus with the Public Prosecutor's Office respecting the role of the public prosecutors assigned to CADE;
- promote understanding of, and appreciation for, competition law among both public prosecutors and members of the judiciary; and
- increase the recognition and acceptance of competition principles in society at large, by advocating the development of a competition culture in Brazil. ■

For further information

For further information on the OECD's work on competition policy, please see our website at www.oecd.org/competition or contact us at dafcomp.contact@oecd.org.

For further information about this policy brief and the 2005 report on Brazil, please contact Michael Wise, tel.: 33 (0) 1 45 24 89 78, e-mail: Michael.wise@oecd.org. ■



For further reading

OECD (2005), **OECD Economic Surveys: Brazil**, ISBN 92-64-00747-4, € 42, 162 p.

Competition Law and Policy Developments in Brazil, OECD Journal of Competition Law and Policy, October 2000, Vol. 2, No. 3.

OECD, **OECD Journal of Competition Law and Policy**, ISSN 1560-7771, Subscription (3 issues per year), € 152.

The following publications are available at www.oecd.org/competition ("Country Reviews" section):

Competition Law & Policy in Turkey: An OECD Peer Review.

OECD publications can be purchased from our online bookshop:
www.oecdbookshop.org

OECD publications and statistical databases are also available via our online library:
www.SourceOECD.org

Where to contact us?

OECD HEADQUARTERS

2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tel.: (33) 01 45 24 81 67
Fax: (33) 01 45 24 19 50
E-mail: sales@oecd.org
Internet: www.oecd.org

GERMANY

OECD Berlin Centre
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tel.: (49-30) 288 8353
Fax: (49-30) 288 83545
E-mail:
berlin.contact@oecd.org
Internet:
www.oecd.org/deutschland

JAPAN

OECD Tokyo Centre
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tel.: (81-3) 5532 0021
Fax: (81-3) 5532 0035
E-mail: center@oecdtokyo.org
Internet: www.oecdtokyo.org

MEXICO

OECD Mexico Centre
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tel.: (00.52.55) 9138 6233
Fax: (00.52.55) 5280 0480
E-mail:
mexico.contact@oecd.org
Internet:
www.rtn.net.mx/ocde

UNITED STATES

OECD Washington Center
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC. 20036-4922
Tel.: (1-202) 785 6323
Fax: (1-202) 785 0350
E-mail:
washington.contact@oecd.org
Internet: www.oecdwash.org
Toll free: (1-800) 456 6323

The OECD Policy Briefs are prepared by the Public Affairs Division, Public Affairs and Communications Directorate. They are published under the responsibility of the Secretary-General.

Droit et politique de la concurrence au Brésil

**Comment le droit
de la concurrence
est-il appliqué
au Brésil ?**

**Quelles sont les
principales forces et
faiblesses du SBDC ?**

**Comment le Brésil
peut-il rendre le
SBDC plus efficace ?**

**Que peut faire le
CADE pour renforcer
son efficacité ?**

**Pour plus
d'informations**

Références

Où nous contacter

Introduction

Au Brésil, la politique de la concurrence est entrée dans l'ère moderne en 1994, lorsqu'a été votée une nouvelle loi dans le cadre du « Plan Real », le train de mesures adoptées en vue de lutter contre l'hyperinflation qui prévalait à l'époque. Cette loi a créé un Système brésilien de défense de la concurrence (*Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, SBDC) composé de trois organismes : le Conseil administratif de défense économique (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, CADE), restructuré en 1994 et dont la création remontait à 1962, le Secrétariat pour la législation économique (*Secretaria de Direito Econômico*, SDE), rattaché au ministère de la Justice, et le Secrétariat pour le suivi économique (*Secretaria de Acompanhamento Econômico*, SEAE), qui relève du ministère des Finances. Les fonctions de jugement sont assumées par le CADE, tandis que le SDE est le principal organe d'enquête, et que le SEAE a pour mission essentielle de fournir des analyses économiques dans le cadre du SBDC.

L'OCDE a publié en 2000 une étude consacrée au fonctionnement du SBDC depuis 1994, indiquant que le Brésil avait accompli de grands progrès vers la mise en place d'une économie de marché au plein sens du terme, mais qu'il restait encore beaucoup à faire. En 2005, l'OCDE a mis à jour cette étude en réalisant une nouvelle évaluation, et conclu que, malgré de sérieux handicaps, le SBDC avait sensiblement progressé au cours des cinq dernières années dans la mise en œuvre d'une saine politique de la concurrence. Les organismes du SBDC font montre d'un engagement institutionnel fort à l'égard de normes rigoureuses d'intégrité, d'autonomie, de rationalité des politiques publiques et d'équité des procédures, possèdent un corps de dirigeants excellent, et bénéficient du soutien du monde des affaires. Ils sont en revanche entravés dans leur action par une structure institutionnelle contre-productive, des ressources en personnel inadaptées, des dispositions juridiques faisant obstacle à une application efficace et efficiente des lois, et des organes de révision judiciaire qui fonctionnent lentement et connaissent mal le droit de la concurrence. L'étude de 2005 recommande des changements auxquels le CADE peut lui-même procéder pour améliorer ses performances, et propose diverses modifications de la législation qui amélioreraient le cadre juridique dans lequel s'inscrit la politique de la concurrence. ■

Comment le droit de la concurrence est-il appliqué au Brésil ?

Aux termes de la loi sur la concurrence, le CADE est un organisme autonome composé d'un Président et de six membres ou commissaires nommés par le Président de la République, avec l'approbation du Sénat brésilien, pour un mandat de deux ans, renouvelable une fois. Toute révocation d'un membre du CADE doit être motivée. Le SDE, à la tête duquel se trouve un secrétaire nommé par le ministre de la Justice, exerce des pouvoirs de poursuite, accomplissant des fonctions d'enquête et certaines tâches préliminaires d'exécution. Le SEAE, que dirige un secrétaire nommé par le ministre des Finances, dispose des mêmes prérogatives d'enquête que le SDE, mais n'exerce aucune fonction de poursuite. La loi fait obligation au SEAE de fournir un rapport d'analyse technique au SDE sur toutes les opérations de fusions qui sont notifiées au SBDC, et permet (sans obligation) au SEAE de fournir un avis sur les enquêtes ouvertes par le SDE sur des comportements commerciaux.

Des modifications apportées au droit de la concurrence en 2000 ont élargi les pouvoirs d'enquête du SBDC. La loi lui accorde non seulement les pouvoirs de contrainte nécessaires pour imposer la production de documents et de témoins, mais elle permet également aux organismes qui le composent de délivrer des mandats de perquisition assortis d'un préavis de 24 heures, et de demander au procureur fédéral les mandats judiciaires nécessaires pour procéder à des fouilles sans notification préalable (« perquisitions surprises »). Les modifications apportées à la loi autorisent également le SDE à conclure des accords de clémence, en vertu desquels les individus et sociétés qui coopèrent avec lui sont exonérées de tout ou partie des peines civiles qu'elles encourent pour avoir enfreint le droit de la concurrence, et bénéficient d'une immunité contre les poursuites pénales pouvant être engagées en vertu de la loi brésilienne sur les infractions économiques.

Les dispositions de fond de la loi brésilienne sur la concurrence figurent dans trois articles. Les articles 20 et 21 portent sur tous les types de comportements anticoncurrentiels autres que les fusions, tandis que les fusions, acquisitions et autres transactions similaires sont traitées dans l'article 54. Selon l'article 20, « tout acte ayant pour but d'une façon ou d'une autre ou autrement susceptible de produire les effets énumérés ci-dessous, même si ces effets ne sont pas atteints, sera considéré comme une violation de l'ordre économique ». Les effets en questions sont définis comme suit :

- limiter, restreindre ou porter atteinte de quelque façon que ce soit à la libre concurrence ou la libre entreprise ;
- contrôler le marché pertinent d'un certain produit ou service ;
- augmenter des bénéfices de façon discrétionnaire ; et
- abuser du contrôle exercé sur un marché.

L'article 21 contient une longue liste, non exhaustive, d'actes considérés comme illicites s'ils produisent les effets énumérés à l'article 20, au nombre desquels figurent divers types d'accords horizontaux et verticaux ainsi que d'abus unilatéraux de pouvoir de marché. En 1999, le CADE a publié des lignes directrices d'application relatives aux actions visées aux articles 20 et 21, selon lesquelles une restriction horizontale ou verticale ne peut être considérée comme illégale que si l'on détient la preuve de l'existence d'un pouvoir de marché ainsi que d'un effet anticoncurrentiel sur une portion substantielle du marché pertinent. Bien que ces lignes directrices ne spécifient pas que toute entente est illicite en soi, le CADE part du principe que des effets concurrentiels existent dès lors que le pouvoir de marché d'une entente est démontré.

L'article 54 dispose que « tout acte qui peut limiter ou autrement restreindre la libre concurrence, ou qui a pour résultat le contrôle des marchés pertinents de certains produits ou services » doit être soumis au CADE pour examen. Cette condition

s'applique donc à tous les accords, et non uniquement aux fusions. Aucune notification préalable n'est cependant requise et des sanctions sont uniquement applicables en cas de notification intervenant plus de 15 jours ouvrables après la transaction visée. En pratique, les sanctions infligées pour défaut de notification ont trait le plus souvent à des transactions qui impliquent une forme ou une autre de réorganisation structurelle entre les parties concernées, tandis que la plupart des notifications portent sur des fusions et acquisitions, et non sur des accords commerciaux. La loi fixe des seuils de notification spécifiques pour les actes constituant des fusions. La notification est obligatoire pour toute forme de concentration économique qui débouche sur une entité représentant 20 % d'un marché pertinent, ou dont une des parties prenantes a enregistré au cours de l'année précédente un chiffre d'affaires total de 400 millions de réals (156 millions de dollars EU). Dans une importante décision rendue en janvier 2005, le CADE a établi que le chiffre d'affaires annuel serait mesuré dorénavant sur la base des recettes réalisées au Brésil et non dans le monde entier.

Le droit de la concurrence ne précise pas quelles sont les règles de fond à employer pour le contrôle des fusions, mais les Lignes directrices sur les fusions horizontales publiées conjointement par le SDE et le SEAE en 2001 disposent que les transactions seront évaluées à l'aune de leurs effets sur le bien-être économique. Bien que le CADE n'ait pas formellement adopté ces lignes directrices, il les considère comme des orientations non contraignantes et dans ses dernières décisions concernant des fusions, il ne s'est opposé qu'aux transactions dont les conséquences anticoncurrentielles n'étaient pas compensées par des gains d'efficacité suffisants pour accroître le surplus des consommateurs.

Les décisions définitives rendues par le CADE sont susceptibles de recours devant les tribunaux, et les parties aux procédures du CADE peuvent également en appeler aux autorités judiciaires pendant leur déroulement. Les procédures de révision judiciaire sont généralement longues et peu d'affaires examinées par le CADE ont été finalement tranchées devant les tribunaux. Au-delà des mesures prises en application du droit de la concurrence stricto sensu, les atteintes à la concurrence peuvent également donner lieu à des poursuites judiciaires à l'initiative du ministère public, ainsi qu'à des actions en dommages-intérêts engagées par les victimes de ces atteintes (même si très peu d'initiatives privées de ce type ont été prises à ce jour).

Le droit de la concurrence s'applique à l'ensemble de l'économie et ne contient aucune dérogation expresse concernant des secteurs ou des entreprises particuliers. Les entreprises commerciales appartenant aux administrations publiques, tant au niveau fédéral que des États, tombent sous le coup de ses dispositions, de même que les entreprises exerçant leurs activités dans des secteurs réglementés. Lorsqu'il applique le droit de la concurrence aux entreprises de ces secteurs, le CADE évite de créer des conflits avec le cadre réglementaire dans lequel s'inscrivent leurs activités et s'abstient d'engager des poursuites en cas de pratiques unilatérales imposées ou contrôlées par les autorités de régulation. L'exception à cette règle de compétence universelle du CADE réside dans le secteur bancaire, où un désaccord l'oppose de longue date à la Banque centrale quant au contrôle des fusions bancaires.

Pour l'heure, trois propositions législatives destinées à réorganiser le système brésilien de droit de la concurrence sont en cours d'examen. La première consiste en une révision en profondeur du droit de la concurrence, qui se traduirait par le regroupement du SDE et du CADE, l'adjonction de nouveaux éléments institutionnels à la structure du CADE, et la redéfinition du rôle du SEAE. Cette révision donnerait également naissance à un système de notification préalable des fusions, modifierait les critères actuels de notification des fusions, et apporterait d'autres changements aux dispositions de fond de la loi, ainsi qu'aux procédures de réparation. La deuxième

proposition consiste en un projet de loi générale visant à réviser et normaliser les conditions procédurales applicables aux organismes de régulation sectoriels, notamment diverses dispositions concernant les relations entre ces organismes et le régime de concurrence. Le troisième projet de loi réglerait la controverse juridique relative aux banques, en accordant au CADE une compétence exclusive sur les fusions bancaires, hormis celles représentant un risque pour la stabilité de l'ensemble du système financier, qui seraient exclusivement du ressort de la Banque centrale. ■

Quelles sont les principales forces et faiblesses du SBDC ?

Les points forts du SBDC résident notamment dans un engagement institutionnel fort à l'égard de normes rigoureuses d'intégrité, d'autonomie, de rationalité des politiques publiques et d'équité des procédures, dans un corps de dirigeants excellent, et dans le soutien du monde des affaires.

Ses points faibles tiennent à une structure institutionnelle contre-productive et à un personnel insuffisamment nombreux, dont la rémunération est trop modeste pour retenir sur le long terme des employés qualifiés. Ces ressources humaines inadaptées se traduisent par un manque de mémoire institutionnelle, ainsi que par un fonctionnement inefficace et lent. En outre, certaines dispositions juridiques relatives à la notification des fusions et au programme de clémence font obstacle à une application efficace et efficiente des lois, et le fait que les tribunaux connaissent mal le droit de la concurrence soulève des difficultés supplémentaires. ■

Comment le Brésil peut-il rendre le SBDC plus efficace ?

Regrouper les fonctions d'enquête, de poursuite et de jugement du SBDC dans un seul et même organisme autonome.

Il existe un consensus clair au Brésil, étayé par dix années d'expérience, sur le fait que la structure actuelle du SBDC est non seulement inefficace, mais aussi contre-productive. Les modifications législatives proposées, dans la mesure où elles se traduiraient par la fusion du SDE et du CADE et par une réorientation du SEAE de ses activités d'enquête vers des fonctions de promotion de la concurrence, déboucheraient de fait sur un regroupement de toutes les fonctions essentielles d'application des lois du SBDC dans un seul et même organisme autonome. Une autre formule, selon laquelle le président du CADE serait habilité à nommer (et révoquer) son directeur général, sous réserve de l'approbation du Conseil plénier, mériterait peut-être d'être étudiée si le Brésil souhaite renforcer les prérogatives du président et du Conseil plénier quant à la définition des grands axes de l'application de la loi.

Protéger l'autonomie du nouveau CADE, en portant à quatre ans au moins (cinq de préférence) la durée du mandat de ses commissaires, de son directeur général et de ses autres hauts fonctionnaires, et en faisant en sorte que les mandats des commissaires ne coïncident pas.

La loi actuellement en vigueur, selon laquelle les commissaires sont nommés pour un mandat de deux ans renouvelable une fois, nuit à l'autonomie du CADE en incitant les commissaires en place à ajuster leurs décisions en vue d'être reconduits dans leurs fonctions. Même si de tels ajustements ne se produisent en fait jamais, cette limite à court terme fait naître le soupçon de leur existence. L'instauration de mandats de quatre ans est proposée dans le cadre du projet de loi à l'étude. Étant donné que le président du Brésil est élu pour quatre ans, il pourrait également être envisagé de porter à cinq ans la durée de ces mandats, dans la mesure où les fonctionnaires des organismes autonomes devraient avoir des mandats plus longs que ceux exercés par les responsables politiques qui les nomment. En outre, comme le prévoit le texte de loi proposé, il faudrait faire en sorte que ces mandats ne coïncident pas, afin d'empêcher le remplacement simultané de la totalité ou de la plupart des commissaires.

Dans le cadre des nominations, accorder toute l'attention qu'elles méritent aux connaissances techniques des personnes concernées en économie et en droit de la concurrence.

Les autorités de la concurrence appliquent des normes juridiques formulées en des termes très généraux à des activités commerciales qui peuvent prendre des formes extrêmement complexes. Il est donc important qu'elles disposent des connaissances techniques nécessaires, non seulement en raison des enjeux élevés que représentent les dossiers pour les parties concernées, mais aussi parce qu'une application mal avisée du droit de la concurrence peut sensiblement nuire à la vitalité de l'économie, décourager l'investissement et réduire l'innovation.

Fixer le quorum du Conseil plénier à quatre (au lieu du quorum de cinq requis maintenant dans toutes les affaires) chaque fois que le nombre de commissaires présents pour se prononcer sur un dossier est réduit à quatre pour cause de vacance de poste ou de récusation.

Adopter des dispositions portant création de postes de carrière au sein du CADE et débloquent les ressources nécessaires pour recruter et retenir un nombre suffisant de professionnels qualifiés.

Sans postes permanents offrant des perspectives de carrière, le CADE ne peut faire jeu égal avec les autres services de l'État en termes de recrutement de personnel qualifié. De surcroît, les problèmes auxquels est confronté le CADE ne peuvent être réglés simplement par la création de postes de carrière, dans la mesure où le nombre de ces postes, ainsi que la rémunération qui leur est associée, joue également un rôle crucial. En tout état de cause, des ressources supplémentaires s'imposent pour que le SDE et le CADE puissent continuer à accroître les efforts consacrés à l'application du droit de la concurrence (ainsi que le recommande par ailleurs l'étude de 2005). Les autorités pourraient étudier la viabilité économique de la mise en place d'antennes régionales du CADE sur l'ensemble du territoire brésilien.

Supprimer les dispositions du projet de loi actuel prévoyant l'attribution des amendes collectées au CADE et au SEAE.

Le projet de loi attribue 25 % des recettes provenant d'amendes au CADE, le même pourcentage au SEAE, et les 50 % restants au Fonds de défense des droits diffus (*Fundo de Defesa dos Direitos Difusos*). Il serait préférable de verser les amendes collectées sur un compte général, sans lien avec l'organisme chargé de l'application de la loi.

Modifier le processus de notification et de contrôle des fusions pour :

- adopter une norme explicite concernant l'examen des effets sur la concurrence des opérations de fusion (telle que celle incluse dans le projet de loi, qui interdit les fusions qui « éliminent la concurrence sur une portion substantielle du marché pertinent, qui peuvent créer ou renforcer une position dominante, ou qui peuvent déboucher sur la domination du marché pertinent ») ;
- mettre en place un système de notification préalable des fusions ;
- supprimer le seuil de notification actuel défini en termes de part de marché, et adopter des seuils fondés sur les chiffres d'affaires nationaux réalisés par toutes les parties à la transaction, quelle que soit leur taille ;
- mettre fin à la notification des transactions autres que les fusions, étant donné que les coûts imposés par les systèmes exhaustifs de notification aux entreprises et aux organismes chargés de l'application des lois excèdent généralement les avantages qui en résultent pour la concurrence ;
- instituer une procédure accélérée de contrôle et d'autorisation des transactions qui ne suscitent aucune préoccupation sur le plan de la concurrence ;
- définir le délai maximum accordé au CADE pour déterminer s'il doit s'opposer à une fusion (et non simplement, comme le prévoit le projet de loi, le délai dans lequel la date de jugement des transactions doit avoir été fixée) ;

- instaurer des procédures officielles de règlement amiable pour les affaires de fusion.

Modifier le programme de clémence pour :

- faire en sorte que les personnes demandant à bénéficier de ce programme, qui jouissent d'une immunité de poursuites au regard de la loi sur les infractions économiques, voient cette immunité élargie à l'ensemble des dispositions du droit pénal (comme celles qui sanctionnent le racket et les ententes délictueuses) ;
- réduire le risque de poursuites en dommages-intérêts que courent les personnes sollicitant le bénéfice de mesures de clémence ;
- adopter des règles indiquant que les éléments de preuve à charge fournis par les personnes demandant à bénéficier du programme de clémence ne seront pas utilisés contre elles si leur demande est jugée irrecevable.

Envisager de nommer des commissions de recours et des juges spécialisés pour résoudre les problèmes de droit de la concurrence.

Limiter le champ d'application de la loi sur les infractions économiques aux violations relatives aux ententes.

Envisager de limiter les actions civiles en dommages-intérêts intentées en vertu du droit de la concurrence aux parties et aux comportements ayant été spécifiquement jugés hors la loi par le CADE.

Adopter, dans le cadre de la loi générale sur les organismes de régulation sectoriels, des dispositions instaurant des procédures normalisées pour l'application du droit de la concurrence, ainsi que pour la participation du SEAE aux activités de promulgation de normes et de règles de ces organismes.

Adopter le projet de loi en cours d'examen qui tranche la question de la répartition des compétences concernant l'application du droit de la concurrence dans le secteur bancaire. ■

Que peut faire le CADE pour renforcer son efficacité ?

Remédier aux restrictions à la concurrence imputables aux administrations publiques au niveau local et des États.

Le CADE devrait user de sa procédure de consultation et des pouvoirs que lui confèrent l'article 7-X de la loi de 1994 sur la concurrence (aux termes duquel le Conseil est habilité à demander aux organismes fédéraux ainsi qu'aux « autorités des États, municipales, du District fédéral et territoriales » de prendre les mesures nécessaires au respect de la loi) pour examiner les restrictions à la concurrence imposées par les administrations publiques au niveau local et des États.

Défendre les intérêts de la concurrence dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires fédérales

Bien que le texte de loi proposé attribue au SEAE des compétences spécifiques en matière d'évaluation des effets qu'ont sur la concurrence les activités réglementaires des pouvoirs publics, le CADE conservera et devrait exercer les prérogatives que lui confère l'article 7-X de la loi sur la concurrence pour demander aux organismes fédéraux de prendre toutes les mesures nécessaires au respect de ladite loi. Le CADE devrait également s'en tenir à son interprétation de l'article 7-X, selon laquelle il est habilité à recommander la modification des dispositions juridiques à caractère anticoncurrentiel.

Actualiser les lignes directrices de 2001 sur les fusions horizontales

Un projet de révision de ces lignes directrices offrirait l'occasion au SBDC de définir plus précisément les éléments d'analyse utilisés concrètement dans le cadre du contrôle des fusions, et de prendre en compte les recommandations formulées en matière d'examen des concentrations par le Réseau international de la concurrence.

Veiller à ce que les décisions rendues permettent au public de juger de la rationalité et de l'équité de l'application du droit de la concurrence.

Dans la mesure où le secteur privé doit appréhender clairement les contraintes imposées par la loi pour pouvoir planifier efficacement ses activités, les décisions rendues par le CADE devraient établir le lien entre ses analyses et les lignes directrices applicables, et indiquer si cet organisme s'appuie sur un élément d'analyse nouveau ou modifié.

Permettre le règlement amiable des affaires de comportement anticoncurrentiel même lorsque la partie mise en cause reconnaît avoir enfreint la loi.

Pour l'heure, les affaires de comportement anticoncurrentiel sont uniquement réglées à l'amiable lorsque la partie mise en cause ne se reconnaît pas coupable et que le CADE ne procède à aucune estimation d'amende. Or, un règlement amiable devrait également être possible lorsque la partie mise en cause ne souhaite pas contester les faits qui lui sont imputés par le CADE, et qu'elle est disposée à plaider coupable, payer une amende et se plier à une décision lui ordonnant de mettre fin au comportement illégal.

Mettre à profit les actions privées en dommages-intérêts pour promouvoir la concurrence, et réunir des informations complémentaires concernant les effets de ce type de poursuites sur la concurrence.

Un tribunal devant lequel a été intentée une action privée relevant du droit de la concurrence doit la notifier au CADE et l'inviter à assister à la procédure. Le CADE a pour principe d'accepter ces invitations uniquement lorsque le comportement visé par l'action intentée a fait l'objet d'une procédure du CADE et que celui-ci a rendu une décision définitive concernant la légalité dudit comportement. Quand il s'agit d'affaires qui n'ont donné lieu à aucune procédure du CADE, celui-ci devrait envisager de mettre à profit ces invitations pour promouvoir la concurrence. Le CADE devrait également créer une base de données contenant des informations sur l'ampleur, la nature et les résultats des actions civiles en dommages-intérêts intentées en vertu du droit de la concurrence.

Poursuivre la mise en œuvre des programmes existants du SBDC pour :

- concentrer les efforts d'application des lois sur les affaires de fusion ;
- élaborer des accords de coopération en matière d'application des lois avec les organismes sectoriels de régulation, et poursuivre les entreprises qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles dans des secteurs réglementés ;
- s'entendre avec les services du procureur général sur le rôle des représentants du ministère public affectés au CADE ;
- œuvrer pour que le droit de la concurrence soit davantage compris et apprécié des magistrats, tant du parquet que du siège ; et
- faire en sorte que les principes du droit de la concurrence soient mieux connus et acceptés de la société dans son ensemble, en favorisant le développement d'une culture de la concurrence au Brésil. ■

Pour plus d'informations

Pour en savoir plus sur les travaux de l'OCDE en matière de politique de la concurrence, veuillez consulter notre site Web à l'adresse suivante www.ocde.org/concurrence, ou nous contacter à dafcomp.contact@oecd.org. Pour obtenir de plus amples informations sur cette synthèse et sur l'étude de 2005 consacrée au Brésil, veuillez contacter Michael Wise (Tél. : 33 (0) 1 45 24 89 78 ; Mél. : Michael.wise@oecd.org). ■

Références

OCDE (2005), **Études économiques de l'OCDE : Brésil**, ISBN 92-64-00748-2, 42 €, à paraître.

Évolution du droit et de la politique de la concurrence au Brésil,
Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, octobre 2000,
volume 2/n° 3.

OCDE, **Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence**,
ISSN 1560-7798, Abonnement (3 parutions par an), 152 €.

Les publications suivantes sont disponibles à l'adresse www.oecd.org/concurrence
(section « examens par pays ») : **Droit et politique de la concurrence en Turquie :
un examen par les Pairs de l'OCDE**

Les publications de l'OCDE sont en vente sur notre librairie en ligne :
www.ocdelibrairie.org

Les publications et les bases de données statistiques de l'OCDE sont aussi disponibles
sur notre bibliothèque en ligne : www.SourceOCDE.org

Où nous contacter ?

SIÈGE DE L'OCDE DE PARIS

2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tél. : (33) 01 45 24 81 67
Fax : (33) 01 45 24 19 50
E-mail : sales@oecd.org
Internet : www.oecd.org

ALLEMAGNE

Centre de l'OCDE de Berlin
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tél. : (49-30) 288 8353
Fax : (49-30) 288 83545
E-mail :
berlin.contact@oecd.org
Internet : [www.oecd.org/
deutschland](http://www.oecd.org/deutschland)

ÉTATS-UNIS

**Centre de l'OCDE
de Washington**
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC 20036-4922
Tél. : (1-202) 785 6323
Fax : (1-202) 785 0350
E-mail : [washington.
contact@oecd.org](mailto:washington.
contact@oecd.org)
Internet : www.oecdwash.org
Toll free : (1-800) 456 6323

JAPON

Centre de l'OCDE de Tokyo
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tél. : (81-3) 5532 0021
Fax : (81-3) 5532 0035
E-mail : center@oecdtokyo.org
Internet : www.oecdtokyo.org

MEXIQUE

Centre de l'OCDE du Mexique
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tél. : (00 52 55) 9138 6233
Fax : (00 52 55) 5280 0480
E-mail :
mexico.contact@oecd.org
Internet : www.rtn.net.mx/ocde

Les Synthèses de l'OCDE sont préparées par la Division des relations publiques de la Direction des relations publiques
et de la communication. Elles sont publiées sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.