

RECENT DEVELOPMENTS IN THE BRAZILIAN MERGER CONTROL REGIME

DÉVELOPPEMENT RÉCENTS DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS BRÉSILIEN

Francisco RIBEIRO TODOROV et Priscilla CASTELLO BRANCO*

The Brazilian merger control regime is infamous all over the world due to its catch-all notification thresholds, and severe penalties imposed for late or lack of notification. In fact, according to the recently published 'Rating Enforcement 2003', from Global Competition Review, the Brazilian Competition Commission (CADE) reviewed 518 merger control notifications in 2002, down from 584 in 2001. Considering the size of the Brazilian economy, this excessive number of notifications is a clear sign that something is wrong.

Although there is no question that the authorities would like to change this scenario, introducing significant amendments to the current competition law (Law n. 8.884/94) aiming at reducing the number of transactions caught by the thresholds (a reduction of at least 60%), it is unclear whether these ideas will actually be made into law, and when that might happen.

Meanwhile, companies and practitioners all over the world must continue to cope with the current system, and we expect that this brief summary will be of use in the dealings with the Brazilian competition authorities in the future.

1 – THE BRAZILIAN COMPETITION AUTHORITIES

The Brazilian competition system has the peculiarity of involving, in every case, three different departments of the Brazilian government. The most important is the Brazilian

Le régime brésilien de contrôle des concentrations est mondialement connu pour ses seuils très bas de notification et ses sanctions sévères imposées en cas de retard ou d'absence de notification. En effet, d'après l'article récemment publié par le *Global Competition Review*, intitulé «Rating Enforcement 2003», la Commission brésilienne de Concurrence (CADE) a examiné 518 notifications de concentrations en 2002, par rapport à 584 en 2001. Compte tenu de la taille de l'économie brésilienne, le nombre excessif de notifications est signe d'un problème.

La volonté des autorités d'améliorer la situation par l'introduction de réformes significatives du droit de la concurrence actuel (Loi n. 8.884/94), et s'attachant à la réduction du nombre de transactions assujetties parce qu'elles atteignent les seuils (une réduction d'au moins 60%), ne fait pas de doute, mais il n'est pas aisé de savoir si et quand ces idées seront adoptées dans des textes de loi.

En attendant, les entreprises et les praticiens du droit dans le monde entier doivent continuer de faire face au système actuel. Nous espérons que ce bref aperçu leur sera utile dans leurs futurs rapports avec les autorités brésiliennes de concurrence.

1 – LES AUTORITÉS BRÉSILIENNES DE CONCURRENCE

Le système brésilien de concurrence a la particularité d'impliquer, dans tous les cas, trois services différents du gouvernement brésilien. Le plus important est la Commission Brésilienne de Concurrence – la

* Trench, Rossi e Watanabe Advogados (associated with Baker & McKenzie).

CADE, qui a l'autorité d'adopter les décisions définitives concernant toutes les notifications concentrées. Les deux autres services, qui émettent des avis consultatifs sur toutes les notifications (sauf celles qui concernent le secteur des télécommunications, qui ne reçoivent que l'avis consultatif du régulateur des télécommunications – ANATEL), sont le Secrétariat de Droit Économique (SDE – Secretaria de Direito Econômico) du Ministère de la Justice et le Secrétariat de Surveillance Économique (SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico) du Ministère des Finances.

Le premier service qui examine les notifications est le SEAE, qui émet des avis écrits examinant l'impact économique des transactions sur les marchés pertinents correspondants. Ensuite, le SDE prépare le deuxième avis sur le cas, examinant l'aspect tant juridique qu'économique de la transaction. Enfin, la CADE, après avoir entendu son Avocat Général (qui formule le troisième avis consultatif), décide si la transaction doit être autorisée.

Depuis décembre dernier, le Bureau du Ministère Public Fédéral (Ministério Público Federal) a décidé de commencer à intervenir dans le contrôle des concentrations au Brésil. Sur la base d'une disposition peu claire du droit brésilien de la concurrence, qui affirme que le Procureur Général du Brésil doit désigner un Substitut du Procureur Général pour « participer » à toute procédure devant la CADE, le Substitut du Procureur Général désigné pour cette fonction a commencé à demander à émettre un avis additionnel (le quatrième en tout) sur toutes les notifications de concentration.

Il y a une vraie polémique autour du rôle du Bureau du Procureur Général Fédéral, puisque le droit de la concurrence ne prévoit pas qu'un avis (comme ceux des SEAE et SDE) doit être émis par le Bureau, mais il ne clarifie pas non plus le sens du mot « participation ». En dehors de toute définition du rôle du Substitut du Procureur Général (définition qui n'est pas disponible), le fait est que cette nouvelle évolution constitue un niveau additionnel de bureaucratie, déjà terrible, impliquée dans tous les rapports avec les autorités brésiliennes de concurrence, et n'aide pas les autorités dans leur but de réduire le temps passé sur le traitement de ces notifications en faveur d'une approche plus focalisée sur la répression du comportement anticoncurrentiel. Il y a des discussions extensives entre la CADE et le Substitut du Procureur Général afin de définir avec précision le rôle de ce dernier, mais apparemment leurs points de vue ne coïncident pas. Ce nouvel élément a ajouté une contrainte supplémentaire à la procédure,

Competition Commission – CADE, which is empowered to make the definitive decisions on all merger control notifications. The other two departments, which issue advisory opinions on all notifications (except those of the telecoms sector, which receive only one advisory opinion from the telecoms regulator – ANATEL), are the Secretariat of Economic Law (SDE – Secretaria de Direito Econômico) of the Ministry of Justice and the Secretariat of Economic Surveillance (SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico) of the Ministry of Finance.

The first department to opine on notifications is SEAE, which issues written opinions examining the economic impact of transactions in their corresponding relevant markets. Afterwards, SDE prepares the second opinion on the case, exploring both the economic and the legal aspects of the deal. Finally, CADE, after hearing its Attorney General (which issues a third advisory opinion), decides whether or not to approve the transactions.

Since last December, the Federal Attorney General's Office (Ministério Público Federal) has decided to start to intervene on merger control notifications in Brazil. Based on an obscure and unclear provision of the Brazilian competition law which states that the Attorney General of Brazil must appoint an Assistant Attorney General to 'participate' in all proceedings before CADE, the Assistant Attorney General designated for this function began to request the opportunity to issue yet another opinion (the fourth overall) on all merger control notifications.

There has been great controversy on the role of the Federal Attorney General's Office, since the competition law does not state that an opinion (like SEAE's and SDE's) must be issued by this office, but also does not clarify what its 'participation' must be. Regardless of what the legal role of the Assistant Attorney General is (and no one knows for sure), the fact is that this new development is another element of the already excruciating bureaucracy involved in dealing with the Brazilian competition authorities, and does not help the authorities in their goal to reduce the time spent on these notifications in favour of a more focused approach to the repression of anticompetitive behaviour. There are on going discussions between CADE and the Assistant Attorney General to define exactly what the role of the latter should be, although apparently their views do not seem to coincide. This new development has added an additional

strain in the process, and one should suspect that it might not be a positive element in the international image of the Brazilian system.

2 – MERGER CONTROL THRESHOLDS

Article 54 of the Brazilian competition law states that all ‘acts’ that, regardless of their form, may limit or in any way harm competition, or result in the domination of relevant markets of goods and services, must be submitted for the approval of CADE. This very broad and imprecise rule is clarified by paragraph 3 of the same article, which states that within the definition of ‘acts that may limit competition’ are any transactions that represent an ‘economic concentration’ (i.e., mergers, acquisitions, formation of joint ventures or any acquisition of shares in a company in general) and involve a company with at least 20% (or will result in a concentration of 20%) of a relevant market, or a company with annual revenues of at least R\$ 400 million (about EUR 120 million).

Therefore, all transactions that fall under either one of the criteria (market share or revenue) would have to be notified to CADE. There is no *de minimis* exception. CADE’s case law has had the effect of expanding the limits of paragraph 3 of Article 54, since it considers in the calculation of the revenues the worldwide revenues of the group of companies in which the party to the transaction is included. This means that any transaction carried out by almost any mid-size company in the world meets the revenue threshold of the Brazilian merger control law.

The question, then, is to determine which transactions are caught not by the notification thresholds, but rather by the jurisdictional thresholds. The Brazilian competition law applies to any transactions that take place, at least partially in Brazil, or that have effects in Brazil. Therefore, if there are assets located in Brazil that will be transferred as a result of the transaction, then it might be said that the transaction takes place, partially, in Brazil.

The more interesting issue is the determination of which transactions have ‘effects’ in Brazil, when no Brazilian assets are involved. CADE interprets the concept of *effects in Brazil* very broadly. While other jurisdictions apply their antitrust laws extraterritorially only when a foreign transaction or practice has a significant impact in the country, CADE considers that the Brazilian law will apply whenever a

et on peut présumer qu’il ne constitue pas un élément positif pour l’image internationale du système brésilien.

2 – SEUILS DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

L’article 54 de la loi sur la concurrence brésilienne dispose que tout «acte» qui, nonobstant sa forme, peut limiter ou porter atteinte à la concurrence ou résulter dans la domination des marchés pertinents des biens et services, doit être soumis à l’approbation de la Commission, la CADE. Cette règle très vaste et imprécise est clarifiée par le paragraphe 3 du même article. Celui-ci affirme que la définition «actes qui peuvent limiter la concurrence» comprend toute transaction qui peut représenter une «concentration économique» (c’est-à-dire, fusions, acquisitions, création d’entreprises communes ou toute acquisition d’actions d’une entreprise en général) et qui implique une entreprise avec un minimum de 20 % (ou donnera lieu à une concentration de 20 %) d’un marché pertinent ou une entreprise avec un chiffre d’affaires annuel d’au moins R\$ 400 millions (à peu près EUR 120 million).

Par conséquent, toutes les transactions qui répondent à un des critères (parts de marché ou chiffre d’affaires) devraient être notifiées à la CADE. Il n’y a pas d’exception *de minimis*. La jurisprudence de la CADE a eu pour effet d’étendre les limites du paragraphe 3 de l’article 54, car elle inclut, pour le calcul du chiffre d’affaires, le chiffre d’affaires mondial du groupe d’entreprises auquel la partie à la transaction appartient. Cela veut dire que n’importe quelle transaction, initiée par presque toute entreprise de taille moyenne dans le monde entier, atteint le seuil de chiffre d’affaires prévu par la loi brésilienne de contrôle des concentrations.

La question, alors, est de déterminer quelles sont les transactions qui sont concernées, non pas par les seuils de notification, mais plutôt par les seuils juridiques. Le droit de la concurrence brésilien s’applique à toute transaction qui a lieu, au moins partiellement au Brésil, ou qui produit des effets au Brésil. Par conséquent, s’il y a des biens au Brésil qui seront transférés lors de la transaction, on considère que la transaction a lieu, partiellement, au Brésil.

Il est intéressant d’identifier quelles sont les transactions qui ont des «effets» au Brésil, quand il n’y a aucun bien brésilien concerné par la transaction. La CADE interprète de façon large la notion d’*effet au Brésil*. Tandis que d’autres juridictions appliquent leurs lois de concurrence extra-territorialement seulement quand une transaction ou une pratique étrangère a un impact significatif dans le pays, la CADE considère que le droit brésilien s’applique dès que la

transaction étrangère a un rapport quelconque avec le Brésil (c'est-à-dire, dès que la cible exporte un produit vers le Brésil, sans chercher à savoir s'il y a une relation horizontale ou verticale sur le marché pertinent au Brésil). Puisque, comme il est indiqué ci-dessus, il n'y a pas d'exception *de minimis*, une notification est considérée nécessaire même quand les exportations au Brésil sont insignifiantes.

Cette interprétation peut être remise en question devant le tribunal dans la mesure où les décisions de la CADE sont soumises à un contrôle judiciaire. En effet, on peut prétendre que seules les transactions étrangères ayant un impact sur le marché brésilien devraient être notifiées (quand il y a une addition substantielle de parts de marché ou une relation verticale, impliquant ou ayant comme résultat une entreprise détenant 20 % du marché pertinent, par exemple). Néanmoins, cette discussion n'a pas été soumise au tribunal, et l'interprétation de la CADE reste incontestée pour le moment.

3 – DÉLAI DE NOTIFICATION

Ceci est probablement l'aspect le plus controversé du régime de concurrence brésilien. Selon la loi brésilienne (article 54, § 4^o), les notifications de concentrations doivent être faites, au plus tard, quinze (15) jours ouvrables après la «réalisation» de la transaction. En cas de non-respect de ce délai, une sanction allant de R\$ 63.846 (à peu près € 19.000) à R\$ 6.384.600 (€ 1.900.000) peut être appliquée par les autorités.

La CADE interprète la «réalisation» de la transaction comme étant la signature par les parties de la première obligation irrévocable, interprétation fondée sur son Ordonnance n°15/98. Cette interprétation, qui a été introduite en 1998/1999, a provoqué à l'application de nombreuses sanctions financières, car préalablement, l'interprétation avait été plus libérale. Cette question fait encore l'objet d'une controverse, puisque la CADE peut considérer qu'une obligation apparemment «révocable» était, en réalité, «irrévocable» pour les besoins du délai de la notification.

Des entreprises ont entrepris de remettre en cause cette interprétation devant le Tribunal, arguant qu'une transaction est seulement «réalisée» après le closing, quand il y a réellement un transfert d'actions ou de biens d'une partie à l'autre. L'argument consiste à dire que c'est seulement au moment du closing, lorsque toutes les conditions «pré-closing» auront été satisfaites que la transaction aura un effet potentiel sur les marchés.

Ce point de vue a été accepté au départ par plusieurs Juges Fédéraux du premier degré, et a été confirmé par deux décisions unanimes de la Cour d'Appel Fédérale, à Brasília. Cependant, loin

foreign transaction has any sort of relation with Brazil (i.e., whenever the target exports any products to Brazil, regardless of whether there is overlap or vertical relation in a relevant market in Brazil). Since, as stated, there is no *de minimis* exception, a notification will be considered required even when exports to Brazil turn out to be insignificant.

This understanding may be questioned in Court, since any decisions by CADE are subject to judicial review. In fact, it can be claimed that only foreign transactions which actually may impact the Brazilian market should be notified (whenever there was a significant overlap or vertical relation, involving a, or resulting in, a company with 20% of a relevant market, for example). However, no such discussion has been brought to the attention of the Courts, and CADE's understanding remains unchallenged for now.

3 – TIMING OF NOTIFICATION

This is probably the most controversial aspect of the Brazilian competition regime. According to the Brazilian Competition Law (Art. 54, § 4^o), merger control filings must be submitted no later than fifteen (15) business days after the 'realisation' of the transaction. Failure to comply with the deadline results in a penalty ranging from R\$ 63,846 (approximately € 19,000) to R\$ 6,384,600 (€ 1,900,000)¹.

CADE has been interpreting 'realisation' of the transaction as being the signature of the first 'binding' agreement by the parties, based on its Ordinance n. 15/98. This understanding, which was consolidated in 1998/1999, led to imposition of numerous fines on companies, since the previous understanding was more liberal. This issue is still subject of heated debate, as CADE may interpret that an apparently 'non-binding' agreement was in fact 'binding' for purposes of the notification deadline.

Companies began to question this understanding in Court, claiming that a transaction is only 'realised' after closing, when there is actually a transfer of stock or assets from one party to another. The argument is that only after all pre-closing conditions are met the transaction will have a potential impact in the markets, and this moment is usually that of the closing of the transaction.

This view was accepted at first by several different Federal Judges at the first instance, and then was confirmed by two different unanimous decisions of the Federal Court of Appeals located in Brasília. However, instead of accepting

the judgments of the appellate court, CADE appealed against these two judgments to the Superior Court of Justice in Brazil², postponing a final determination on these contentious issues for another couple of years at least. Until all appeals run out it seems unlikely that CADE will change its interpretation of the law³. The constant fines imposed for 'late' notifications of foreign mergers in Brazil were probably the main reason why CADE received such low evaluation grades from the annual reports issued by Global Competition Review.

In substance, the issue of when the notification should be made is especially irrelevant considering that there is no suspension period for the Brazilian merger control review. The parties may proceed with the closing of the transaction before the approval is issued. In fact, it is very rare for CADE to approve any transaction before closing takes place. Also, the review process is extremely lengthy, and the approval may be issued more than one year after the notification is made. This makes the endless discussion of the moment to notify, and the respective fines, seem even more pointless.

4 – THE REVIEW PROCEEDINGS

The Law states that the authorities have 120 days to review the notifications. SEAE and SDE have each 30 days to prepare their written opinions. CADE, on its turn, has 60 days to decide whether to approve the transaction. However, each of the three agencies has authority to request additional information and documentation from the parties and from any third parties, including competitors and consumers. Such additional requests for information suspend the authorities' deadlines until all information is received.

There is no consequence for SEAE and SDE failing to meet their 30-day deadline. However, if CADE fails to issue its decision within 60 days of receipt of the case from SDE, the merger is automatically approved.

Considering the requests for information, and the lack of consequence for SEAE and SDE failing to issue their opinions, merger notifications in Brazil usually take much longer than the ideal 120-day period. The length of the process usually varies from 6 to 10 months, provided that the case does not raise any particular competition concerns (in which case the final decision can take more than a year to be issued).

d'accepter ces deux décisions de la Cour d'Appel, la CADE a formé un pourvoi contre ces deux décisions devant la Cour Supérieure de Justice au Brésil, remettant une détermination finale sur ces questions contentieuses à encore deux ans, au moins. Jusqu'à l'épuisement des voies de recours, il semble peu probable que la CADE change son interprétation de la loi. Les amendes imposées constamment pour les notifications « tardives » de fusions étrangères au Brésil constituent, probablement, la raison principale pour laquelle la CADE a reçu des notes d'évaluation aussi basses dans les rapports de gestion publiés par la *Global Competition Review*.

En substance, la question du délai de la notification est surtout sans pertinence compte tenu du fait qu'il n'y a pas de période de suspension dans le contrôle des concentrations brésilien. Les parties peuvent procéder à la clôture de la transaction avant d'obtenir l'autorisation. En réalité, il est très rare pour la CADE d'approuver une transaction avant sa clôture. De plus, la procédure d'examen est extrêmement longue, et l'autorisation peut être accordée plus d'un an après la notification. Ceci rend encore plus inutile toute discussion concernant le moment de la notification et les amendes respectives.

4 – LA PROCÉDURE D'EXAMEN D'UNE NOTIFICATION

La Loi prévoit que les autorités ont 120 jours pour examiner les notifications. Les SEAE et SDE ont chacun 30 jours pour préparer leurs avis écrits. La CADE, à son tour, dispose de 60 jours pour décider d'approuver ou non l'opération. Cependant, chacun des trois services a l'autorité pour demander des informations et de la documentation supplémentaires aux parties et aux tiers, y compris aux concurrents et consommateurs. Ces demandes supplémentaires suspendent les dates limites des autorités jusqu'à réception des informations concernées.

Il n'y a pas de conséquence prévue pour un éventuel manquement de la part du SEAE et du SDE à leur délai de 30 jours. Cependant, si la CADE ne rend pas sa décision dans les 60 jours suivant la réception du dossier du SDE, la concentration est automatiquement approuvée.

En raison des demandes d'informations, et de l'absence de conséquences au cas où les SEAE et SDE ne rendraient pas leurs avis dans les temps, les notifications de contrôle des concentrations au Brésil durent, d'habitude, beaucoup plus que la période idéale de 120 jours. La durée de la procédure varie souvent de 6 à 10 mois, à condition que le cas ne soulève pas de problème particulier en droit de la concurrence (dans ce cas, la décision finale pourrait intervenir après plus d'un an).

Début 2003, les SEAE et SDE ont émis une résolution conjointe déclarant qu'ils expédieraient leurs examens des notifications simples. En effet, dans les cas plus simples, pourvu que la notification initiale soit complète avec les informations «suffisantes» pour l'analyse, ces services ne font pas, en principe, de demandes d'informations supplémentaires, et, ainsi, rendent leurs avis en 15 jours chacun. Cette pratique a eu l'effet de réduire la durée de la procédure des cas simples à environ 3-4 mois.

5 – FRAIS DE NOTIFICATION

Des frais de notification de R\$ 45.000 doivent être payés lors de la présentation d'une notification de concentration. Chacun des trois services impliqués dans la procédure – la CADE, le SDE et le SEAE – reçoit un tiers des frais de notification. Le montant des frais actuels a été établi en 2000, date avant laquelle les frais étaient de seulement R\$ 15.000 (frais qui étaient entièrement destinés à la CADE).

Une question intéressante s'est posée en ce qui concerne les notifications qui impliquent le secteur des télécommunications. Selon l'Acte de Télécommunications Brésilien (Loi n. 9.472/97), les notifications de concentrations relatives au secteur des télécommunications sont notifiées à l'Agence des Télécommunications (ANATEL), et ne sont pas examinées par le SDE ni le SEAE. La CADE a toujours le dernier mot sur l'opération, et l'analyse après avis consultatif d'ANATEL (qui joue le rôle du SDE et du SEAE dans ces cas). Il n'y a pas de disposition légale prévoyant des frais de notification à payer à ANATEL. Dans la mesure où les SDE et SEAE sont exclus de la procédure d'examen, les entreprises ont commencé à payer seulement le tiers des frais de notification destiné à la CADE. Cependant, curieusement, la CADE a commencé à rendre des décisions déclarant que la totalité des frais de notification devrait être payée pour les notifications présentées devant ANATEL, malgré l'absence des SDE et SEAE dans la procédure.

Comme on pouvait s'y attendre, les entreprises ont commencé à contester ces décisions devant les juridictions fédérales. Aucun jugement n'a été rendu sur le sujet, mais la plupart des Juges Fédéraux confrontés à cette question ordonnent déjà des injonctions provisoires suspendant l'obligation des parties de payer la totalité des frais de notification jusqu'à ce que les jugements finaux soient rendus.

6 – CONTROLE JURIDICTIONNEL

Les décisions de la CADE ne peuvent pas faire l'objet d'un appel au niveau administratif. Cependant, sur le fondement d'une garantie constitution-

In the beginning of 2003, SEAE and SDE issued a joint resolution stating that they would expedite their reviews of simpler notifications. In effect, in simpler cases, provided that the initial notification is complete with 'sufficient' information for analysis, these agencies do not, in principle, issue requests for additional information, and, thus, issue their opinions within 15 days each. This practice has had the effect of reducing the length of the process in simple cases to about 3-4 months.

5 – FILING FEE

A filing fee of R\$ 45.000 must be paid upon submission of a merger control notification. Each of the three departments involved in the process – CADE, SDE and SEAE receive one third of the filing fee. The value of the current fee was established in 2000, when it was raised from a previous level of only R\$ 15.000 (which was all destined to CADE).

An interesting issue has arisen regarding notifications that involve the telecommunications sector. According to the Brazilian Telecommunications Act (Law n. 9.472/97), merger control notifications related to the telecoms sector are filed with the Telecommunications Agency (ANATEL), and are not reviewed by either SDE or SEAE. CADE still has the final say on the transaction, and analyses it after receiving an advisory opinion from ANATEL (which performs the role of SDE and of SEAE on these cases). There is no legal provision stating that a filing fee should be paid to ANATEL. Considering that both SDE and SEAE are set aside on the review process, companies started to make only the payment of the one third of the filing fee destined to CADE. However, surprisingly, CADE began to issue decisions stating that the full amount of the filing fee should be paid on notifications submitted before ANATEL, regardless of the fact that SDE and SEAE were not involved in the process.

As expected, companies began to appeal such decisions to Federal Court. No judgements have been delivered on the subject, but most Federal Judges faced with this issue are already issuing preliminary injunctions suspending the obligation of the parties to pay the full amount of the filing fee until the final judgments are issued.

6 – JUDICIAL REVIEW

CADE decisions are not subject to appeal within the administrative level. However, due to a Constitutional guarantee

of access to a Court of Law, all decisions by CADE are subject to judicial review. Such review includes not only matters of procedure, but also the substantive analysis that is made by CADE.

However, the review has been limited to issues such as the moment to notify merger control notifications, and the payment of the filing fee. One of the reasons for the lack of review of matters of substance by the Federal Courts is that CADE is not known for denying approval to notifications, or for imposing restrictions that substantially affect the value of transactions. Therefore, companies have little incentive to appeal against merger decisions. Another significant reason is the lack of experience of the Brazilian Judiciary with competition matters, which creates a significant amount of uncertainty concerning the results of any appeal that goes beyond procedural issues.

7 – REFORM OF THE MERGER CONTROL REGIME

For some time there has been a consensus in Brazil that the current merger control regime is not efficient, and should be significantly changed. The main idea is to alter the notification thresholds in order to reduce the number of notifications that are made by more than 60%. Another idea is to make CADE's approval a condition for closing of all transactions that are submitted for review. This change, however, may prove very problematic if there is no increment to the staff of the competition authorities. Under the current structure, it would not be possible to review all notifications in a reduced period of time (such as 30 days), which would lead to a great number of second requests and delays on closing of many transactions. The proposed change also foresees the merger of SDE and SEAE into a single department – a Superintendence of Economic Defence –, responsible for issuing a single opinion on merger control notifications and for conducting investigations of cartels and abuse of dominant positions. CADE would continue to be in charge of the final decisions on all cases.

However, this is not the first proposal of a substantial change to the Brazilian merger control regime. An earlier project, also aiming at the increase in the notification thresholds, and at the rationalization of the review process, failed due to the lack of political will to send a bill into Congress. It is unclear whether this political will is present now, especially since the government is extremely focused

nelle d'accès à une Cour de justice, toutes les décisions prises par la CADE peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Ce contrôle porte non seulement sur des questions de procédure, mais aussi sur l'analyse de fond qui est opérée par la CADE.

Cependant, le contrôle a été limité aux questions telles que le moment de notification des concentrations, et le paiement des frais de notification. Une des raisons de l'absence de contrôle des questions de fond par les tribunaux fédéraux réside dans le fait que la CADE n'est pas connue pour avoir refusé l'approbation de notifications ni pour avoir imposé des restrictions qui affectent substantiellement la valeur des transactions. De ce fait, les entreprises sont peu incitées à faire appel des décisions sur les concentrations. Une autre raison importante est le manque d'expérience de la magistrature brésilienne dans le domaine du droit de la concurrence, ce qui crée une incertitude significative à propos des résultats de tout recours qui irait au-delà des questions de procédure.

7 – LA RÉFORME DU RÉGIME DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Il y a, depuis longtemps, un consensus, au Brésil, sur le fait que le régime du contrôle des concentrations actuel n'est pas efficace, et devrait être profondément modifié. L'idée centrale est de réviser les seuils de notification, afin de réduire de plus de 60 % le nombre de notifications présentées. Une autre idée serait de faire de l'approbation de la CADE une condition préalable au closing des opérations soumises à l'examen des autorités. Cette modification, néanmoins, pourrait s'avérer très problématique s'il n'y a pas d'augmentation des effectifs des autorités de concurrence. En l'état actuel, il ne serait pas possible d'examiner toutes les notifications dans un délai réduit (tel que 30 jours), ce qui provoquerait un grand nombre de notifications remises à la «phase II» et de retards pour le closing de nombreuses transactions. La réforme proposée prévoit aussi la fusion des SDE et SEAE en un seul service – une Surveillance de Défense Économique – chargé de rendre un seul avis à propos des notifications de contrôle des concentrations et diriger les enquêtes de cartels et d'abus de positions dominantes. La CADE continuerait à être chargée des décisions finales sur tous les cas.

Cependant, ceci n'est pas la première proposition de réforme extensive du régime brésilien du contrôle des concentrations. Un projet antérieur, qui visait aussi l'augmentation des seuils de notification et la rationalisation de la procédure d'examen des notifications, a échoué en raison d'un manque de volonté politique pour envoyer un projet de loi au Congrès. Il est difficile de savoir si cette volonté politique est présente actuellement, surtout parce que le gouvernement est extrêmement concentré sur la promotion

d'une réforme constitutionnelle au Brésil. Une alternative, tant que les textes restent inchangés, serait que la CADE elle-même interprète la législation actuelle de manière à limiter l'obligation de notification des fusions entre entreprises étrangères. Cette idée a été présentée à plusieurs reprises à la Commission, mais celle-ci ne semble pas s'intéresser à un bouleversement de sa pratique, sans une réforme de la législation existante. En attendant, il semble que le régime brésilien de la concurrence va continuer de cultiver une mauvaise image au niveau international.

on promoting a constitutional reform in Brazil. An alternative while the law is not changed would be for CADE itself to interpret the current legislation in a way to limit the obligation of notification of foreign-to-foreign mergers. This idea has been presented to the commission several times, but there seems to be little interest in undertaking a significant change in the case law without an amendment to the existing legislation. Meanwhile, it seems that the Brazilian competition regime may continue to be well known all around the world, but not for the right reasons.

Endnotes

1. Fines usually are imposed at around EUR 60,000.
2. The highest Court for non-constitutional matters in Brazil, which reviews points of law only.
3. Although it should be said that CADE has now been taking a more liberal approach, considering that the triggering event is the signature of the definitive agreements, and only exceptionally certain binding letters of intent. This is a significant improvement from previous decisions, one of which even considered a confidentiality agreement to trigger the deadline to file.