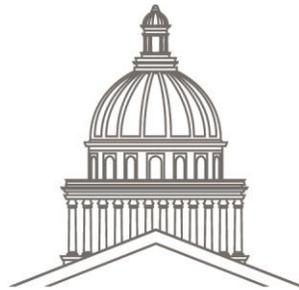


**Université Panthéon – Assas**

**École doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et  
droit comparé**

Thèse de doctorat en Droit  
Soutenue le 20 novembre 2019

**LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES CONCENTRATIONS AU  
BRÉSIL**  
**Une analyse à la lumière des droits de l'Union européenne et de la France**



**UNIVERSITÉ PARIS II**  
PANTHÉON - ASSAS

**Gilvandro ARAUJO**

Directeur de recherches : Mme Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II-Panthéon Assas

Rapporteurs : Mme Catherine PRIETO, Professeur à l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne, Ecole de droit de la Sorbonne

M. David BOSCO, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Suffragants : Mme Emmanuelle CLAUDEL, Professeur à l'Université Paris II-Panthéon Assas

M. Marcio GUIMARAES, Professeur à la Fondation Getulio Vargas

## **AVERTISSEMENT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## REMERCIEMENTS

Cette thèse de doctorat a été un projet conçu depuis les années 2000. Après mon DEA en Droit Public Général à Montpellier 1, je suis revenu au Brésil pour passer le concours public de Procureur Fédéral. Ensuite, les fonctions publiques que j'ai assumées depuis 2004 m'ont ralenti dans la réalisation de cet objectif.

Toutefois, après 2012, lorsque j'occupais le poste de Procureur Général de l'Autorité de Concurrence au Brésil, le CADE, plusieurs personnes m'ont encouragé à réaliser ce projet. Je leur serai toujours reconnaissant.

Tout d'abord, je tiens à remercier Mme la professeure Laurence Idot pour la confiance et la patience de m'avoir accepté comme son doctorant. Parmi toutes ses activités, elle a été précise dans ses remarques, et son aide a été fondamentale pour tous les aspects positifs envisagés dans ce travail. Naturellement les erreurs, omissions et opinions restent miennes.

Je tiens aussi à remercier les membres de l'Autorité française de la Concurrence (AdIC) grâce aux entretiens franco-brésiliens. Je tiens à remercier précisément l'ancien Président M. Bruno Lassère. Ce dernier a été un acteur majeur dans la rédaction de la Loi brésilienne de 2011, en apportant son soutien aux changements prévus pour le contrôle préalable des concentrations, et a été le responsable principal de l'ouverture des portes pour mon projet français.

Au Brésil, mes camarades du CADE ont été essentiels dans la mesure où ils ont rendu possible ces recherches. Leurs conseils m'ont guidé. Le principal parmi eux a été Paulo Burnier da Silveira. Son amitié et son encouragement ont été indispensables. De même, il a aussi un peu joué le rôle de mon directeur de thèse au Brésil, et a participé à tout ce qui peut être valable dans ce travail.

Je dois également remercier d'autres personnes, qui m'ont aidé dans ce parcours. Les principaux Marcelo Guimarães et Mariana Cavalcanti, mais aussi Tereza Braga, Nayara

Mendonça, Luiza Avelar, Giovanna Porto, Noemy Melo, Heloísa Bettiol, Clara Accioly, et Aurélien Delattre. Mes amis français Jean-Philippe Colson et Pierre Guibert.

Je voudrais aussi inclure dans mes remerciements Fernando et Letícia Araujo : mes parents, qui sont un modèle de vie. Ils m'ont accompagné tout au long de ce parcours, et grâce à eux je suis devenu ce mélange de force et d'amour. En ce sens, merci aussi à Rodrigo (mon frère) et son épouse Erica, les petits Eduardo et Cecília. Une grande pensée aussi à Ana Luiza (ma sœur) et son ami Álvaro. Merci d'être toujours à mes côtés.

Enfin je voudrais adresser mes remerciements à Denise, mon épouse, qui me suit depuis que je me suis lancé dans mon premier projet français, au milieu de l'année 1999. Je t'aime ! Et aussi Helena et Henrique, produits de notre amour. Ils sont la force quand la fatigue arrive. J'essaie par ce travail de leur transmettre la valeur de l'effort.

## RÉSUMÉ

Le contrôle des concentrations au Brésil, comme dans le droit de l'Union européenne et en France, est assuré par des autorités administratives. Un point commun supplémentaire entre ces trois systèmes réside dans le fait que les décisions administratives rendues peuvent être soumises au contrôle d'un juge. L'examen de l'exemple brésilien permet de constater que le juge peut exercer un contrôle approfondi, dès les actes préparatoires, et le poursuit jusqu'aux décisions finales de l'autorité brésilienne de la concurrence. Qu'il s'agisse de l'utilisation des techniques traditionnelles de contrôle ou du recours aux analyses économiques, le rôle du juge en matière de contrôle des concentrations devient étendu. La thèse cherche à démontrer que si le contrôle approfondi est une réalité en Europe, cela ne doit pas être désirable au Brésil avant l'amélioration de la formation des juges ; de la structure juridictionnelle de contrôle ; et enfin les décisions. Bien que ces décisions ne soient pas nombreuses, les réflexions sur les recours déjà formés au Brésil et l'analyse menée sur les particularités du contrôle juridictionnel peuvent servir d'exemples pour les recours qui seront formés dans le futur. Comprendre ce qui se passe dans le contrôle juridictionnel aide à orienter l'analyse préventive administrative des opérations, qui peuvent créer ou renforcer le pouvoir de marché.

Mots-clés : Droit de la concurrence. Contrôle des concentrations. Contrôle juridictionnel brésilien. Analyse internationale. Examen des éléments formels et matériels de contrôle. Nécessité de formation des juges. Amélioration des techniques d'évaluation.

## **ABSTRACT**

Merger control is the responsibility of administrative authorities in the European Union, France and Brazil. The link between these three jurisdictions is noticeable by the possibility of judicial review of the administrative decisions rendered. Observing the Brazilian example and some of the European decisions, it is possible to identify that judges in Brazil analyze the preparatory acts up until the final decisions of the Brazilian competition authority. By observing traditional legal techniques, or even economic analysis, the role of the judge is extensive in the matter of mergers analysis. This project seeks to demonstrate that the training of judges and the conditions of conducting such cases are essential aspects, in order for the judge's decision to be rapid and technical. Even if decisions are not numerous, each decision can serve as an example for future cases and even to modify the course of desired incentives in the previous analysis of mergers which may create or strengthen market power.

Keywords : Competition Law. Mergers control. Judicial review. International comparison. Formal judicial control instruments. Preparation of judges. Technical evaluation.

## RESUMO

O controle de concentrações é incumbência de autoridades administrativas na União Europeia, na França e também no Brasil. Nas três jurisdições, há também a possibilidade de as decisões administrativas serem submetidas a controle judicial. Observando a situação brasileira em cotejo de alguns casos europeus, é possível identificar que o controle judicial analisa desde os atos instrumentais até mesmo a decisão definitiva da autoridade brasileira de concorrência. Valendo-se de técnicas jurídicas tradicionais ou de análises econômicas, o papel do judiciário se revela bastante importante. A tese procura demonstrar que, se o controle aprofundado é uma realidade na Europa, isto não deveria ser replicado no Brasil sem uma melhoria na formação dos juízes, na estrutura de controle judicial e na qualidade das decisões. Se as decisões judiciais não são quantitativamente relevantes, as reflexões sobre os recursos já propostos e a análise sobre as particularidades do controle judicial brasileiro poderão servir de guia para os recursos futuros. Compreender o que se passa no controle judicial brasileiro pode auxiliar os caminhos de análise preventiva administrativa das operações que criam ou reforçam o poder de mercado.

Palavras-chave : Direito da concorrência. Controle de concentrações. Controle judicial brasileiro. Análise internacional. Exame dos elementos formais e materiais de controle. Necessidade de formação dos juízes. Melhora das técnicas de avaliação.

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<b>AdIC</b>	Autorité de la Concurrence
<b>AJDA</b>	Actualité juridique de droit administratif
<b>ANAC</b>	Agence Nationale d'Aviation Civile
<b>Article</b>	Article
<b>BNDES</b>	Banque Nationale du Développement Économique et Social
<b>CA</b>	Cour d'appel
<b>CADE</b>	Conseil Administratif de Défense Économique
<b>CC</b>	Conseil Constitutionnel
<b>CC</b>	Code Civil (Brésil)
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>CEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CF</b>	Constitution Fédérale du Brésil
<b>CJCE</b>	Cour de justice des communautés européennes
<b>CJUE</b>	Cour de justice de l'Union européenne
<b>Concl.</b>	Conclusions
<b>CONEP</b>	Comité National pour Encourager la Stabilisation des Prix
<b>Coord(s)</b>	Coordinateur (s)
<b>CPC</b>	Code de Procédure Civile
<b>DDHC</b>	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
<b>DoJ</b>	Antitrust Division of the Department of Justice
<b>DPE</b>	Droit public économique
<b>ECA</b>	European Competition Authorities
<b>FTC</b>	Federal Trade Commission
<b>GCLC</b>	Global Competition Law Centre
<b>GCR</b>	Global Competition Review

<b>HHI</b>	Herfindahl-Hirschman index
<b>JFDF</b>	Justice Fédérale du Distrito Federal
<b>JFSC</b>	Justice Fédérale de Santa Catarina
<b>JFSP</b>	Justice Fédérale de São Paulo
<b>JTSP</b>	Justice du Travail de São Paulo
<b>Min.</b>	Ministre
<b>n.</b>	Numéro
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et développement économique
<b>OMC</b>	Organisation mondiale du commerce
<b>Op. cit.</b>	Opus citatum
<b>Ord.</b>	Ordonnance
<b>Org.</b>	Organisation/ organisateur
<b>p.</b>	Page
<b>PB</b>	État de Paraíba
<b>PE</b>	État de Pernambuco
<b>PFRLR</b>	Principe fondamental reconnu par les Lois de la République
<b>PI</b>	État du Piauí
<b>Pres.</b>	Président
<b>Rel.</b>	Rapporteur/ Rapporteuse
<b>REsp</b>	Recours Spécial
<b>RExt</b>	Recours Extraordinaire
<b>RFDA</b>	Revue française de droit administratif
<b>SDE/MJ</b>	Secrétariat de Droit Economique, du Ministère de la Justice
<b>SEAE/MF</b>	Secrétariat d'Accompagnement Economique du Ministère de l'Economie
<b>SNCF</b>	Société nationale des chemins de fer français
<b>SPA</b>	Service public administratif
<b>STJ</b>	Tribunal Supérieur de Justice

<b>STF</b>	Tribunal Suprême Fédéral
<b>SUNAB</b>	Surintendance Nationale d'Approvisionnement
<b>TCE</b>	Traité sur la Communauté européenne
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>TJCE</b>	Tribunal de Justice du Ceará
<b>TPICE</b>	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<b>TRF 1<sup>a</sup> Região</b>	Tribunal Régional Fédéral de la 1 <sup>ère</sup> Région
<b>TRF 2<sup>a</sup> Região</b>	Tribunal Régional Fédéral de la 2 <sup>ème</sup> Région
<b>TRF 3<sup>a</sup> Região</b>	Tribunal Régional Fédéral de la 3 <sup>ème</sup> Région
<b>TRF 4<sup>a</sup> Região</b>	Tribunal Régional Fédéral de la 4 <sup>ème</sup> Région
<b>TRF 5<sup>a</sup> Região</b>	Tribunal Régional Fédéral de la 5 <sup>ème</sup> Région
<b>Trib. UE</b>	Tribunal de l'Union européenne

## TABLE DES MATIÈRES

Avertissement.....	2
Remerciements.....	3
Résumé.....	5
Abstract .....	6
Resumo .....	7
Principales Abréviations .....	8
Introduction .....	16

### **PARTIE PRÉLIMINAIRE : LE SYSTÈME BRÉSILIEN DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS..... 24**

#### **CHAPITRE I- LE CONTRÔLE ADMINISTRATIF DES CONCENTRATIONS AU BRÉSIL..... 24**

Section I – Le contrôle <i>a posteriori</i> des concentrations (de 1994 à 2011).....	24
§ 1 <sup>ER</sup> – LA NOTIFICATION OBLIGATOIRE .....	25
A) La définition d’« actes de toute forme présentés » .....	26
B) Les seuils de chiffre d’affaires et de la participation de marché .....	28
§ 2 <sup>ÈME</sup> – L’EXERCICE DU CONTRÔLE .....	29
A) La procédure d’instruction .....	29
B) Le test d’appréciation au fond.....	31
Section II – Le contrôle <i>a priori</i> des concentrations (de 2012 à nos jours) .....	32
§ 1 <sup>ER</sup> – LE CARACTÈRE CONTRÔLABLE DE L’OPÉRATION.....	33
A) La définition d’une « opération de concentration » .....	34
B) Les seuils cumulatifs du chiffre d’affaires .....	38
§ 2 <sup>ÈME</sup> – L’EXERCICE DU CONTRÔLE .....	39
A) La procédure d’instruction et l’unification du guichet.....	39
B) Le test d’évaluation.....	44

#### **CHAPITRE II – LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES CONCENTRATIONS..... 47**

§ 1 <sup>ER</sup> – L’OBJET DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL .....	48
A) L’évaluation des actes divers .....	49
B) L’évaluation de pleine juridiction .....	50
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LES JUGES EN CHARGE DU CONTRÔLE .....	51
A) La saisine initiale par des juges de 1 <sup>ER</sup> degré.....	53
B) La voie des recours auprès des Cours de Justice.....	55

### **PREMIÈRE PARTIE : LA PROCÉDURE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL..... 57**

#### **TITRE I : LA RECEVABILITÉ DE LA PROCÉDURE..... 58**

<b>CHAPITRE I – LES ACTES ATTAQUABLES .....</b>	<b>59</b>
Section I – La décision finale du Cade .....	60
§ 1 <sup>ER</sup> – LES RESTRICTIONS UNILATÉRALES AUX OPÉRATIONS APPORTÉES PAR LE CADE .....	60
A) Les restrictions dans les concentrations horizontales .....	61
B) Les restrictions dans les intégrations verticales .....	63
§ 2 <sup>ÈME</sup> – L’AUTORISATION DES OPÉRATIONS SOUS RÉSERVE D’ENGAGEMENTS.....	65
A) L’interprétation des clauses d’engagement.....	66
B) Le contenu controversé des engagements .....	68
Section II – Les actes accessoires faisant grief à l’autorité administrative .....	70
§ 1 <sup>ER</sup> – LES ACTES INTERMÉDIAIRES DE NATURE PRÉPARATOIRE .....	71
A) Les informations sollicitées .....	72
B) Les avis juridiques et économiques.....	74
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LES ACTES INTERMÉDIAIRES DE NATURE DÉCISOIRE .....	76
A) L’acte de « contestation » de la Surintendance générale .....	77
B) L’évocation d’une opération par un commissaire .....	78
<b>CHAPITRE II – L’AUTEUR DES RECOURS.....</b>	<b>80</b>
Section I –Tiers internes .....	81
§ 1 <sup>ER</sup> – LES SALARIÉS.....	82
A) La participation des syndicats de travailleurs .....	82
B) Le rôle du Ministère Public du Travail .....	84
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LES ACTIONNAIRES .....	87
A) Les actionnaires majoritaires de la société cible.....	87
B) Les actionnaires minoritaires des sociétés concernées.....	89
Section II –Tiers externes .....	90
§ 1 <sup>ER</sup> – LES CONCURRENTS .....	91
A) Les concurrents directs .....	92
B) Les concurrents indirects.....	93
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LES CLIENTS ET LES CONSOMMATEURS .....	94
A) Les entreprises clientes .....	95
B) Les associations de consommateurs.....	96
<b>CONCLUSION DU TITRE I DE LA PREMIÈRE PARTIE .....</b>	<b>99</b>
<b>TITRE II –LES TYPES DE PROCÉDURE .....</b>	<b>100</b>
<b>CHAPITRE I – LA PROCÉDURE ORDINAIRE .....</b>	<b>102</b>
Section I – Le déroulement de la procédure .....	103
§ 1 <sup>ER</sup> – L’ESSAI DE CONCILIATION DES PARTIES .....	103
A) La conciliation facultative de la loi de 1994.....	104
B) La « négociation procédurale » de la loi de 2011 .....	106
§ 2 <sup>ÈME</sup> – L’EXPERTISE DANS LES RECOURS JURIDICTIONNELS.....	107
A) L’analyse empirique .....	108

B) L'analyse qualitative .....	110
Section II – Les décisions dans la procédure.....	112
§ 1 <sup>ER</sup> – LA DÉCISION FINALE DE 1 <sup>ER</sup> DEGRÉ.....	113
A) La possibilité d'anticipation.....	113
B) La décision finale stricto sensu .....	114
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS .....	116
A) L'appel pour les TRFs .....	117
B) Les pourvois pour le STJ et STF.....	118
<b>CHAPITRE II – LES MESURES D'URGENCE.....</b>	<b>121</b>
Section I – Les mesures provisoires dans le contrôle <i>a posteriori</i> .....	122
§ 1 <sup>ER</sup> – LE <i>FUMUS BONI IURIS</i> D'UN DROIT MATÉRIEL.....	123
A) La résolution parallèle d'une affaire privée .....	123
B) Les remèdes inappropriés.....	126
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LE <i>PERICULUM IN MORA IN CONCRETO</i> .....	127
A) La continuité d'une opération en cours.....	128
B) La suspension d'une opération interdite.....	130
Section II – Mesures provisoires dans le contrôle <i>a priori</i> .....	131
§ 1 <sup>ER</sup> – LE <i>FUMUS BONI IURIS</i> D'UN DROIT PROCÉDURAL .....	132
A) Les vices du processus d'évocation .....	132
B) Le droit d'accès au dossier .....	134
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LE <i>PERICULUM IN MORA IN ABSTRACTO</i> .....	135
A) Le danger pour le marché .....	136
B) L'impact commercial irréversible.....	137
<b>CONCLUSION DU TITRE II DE LA PREMIÈRE PARTIE.....</b>	<b>139</b>
<b>SECONDE PARTIE : L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL .....</b>	<b>140</b>
<b>TITRE I – LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS FINALES.....</b>	<b>141</b>
<b>CHAPITRE I- LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ : LA COMPÉTENCE DU CADE.....</b>	<b>142</b>
§ 1 <sup>ER</sup> – LE CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE <i>RATIONE MATERIAE</i> .....	143
A) Le secteur bancaire .....	144
B) Le commerce extérieur.....	146
§ 2 <sup>ÈME</sup> – LA COMPÉTENCE <i>RATIONE LOCI</i> .....	148
A) L'application de la théorie des effets .....	149
B) Les chiffre d'affaires locaux .....	151
<b>CHAPITRE II – LE CONTRÔLE DE L'APPRÉCIATION au fond.....</b>	<b>153</b>
Section I – Le contrôle de l'application du test d'évaluation .....	154
§ 1 <sup>ER</sup> – LE MARCHÉ PERTINENT .....	154
A) Les moyens de définition .....	155
B) Le choix d'une définition.....	157

§ 2 <sup>ÈME</sup> – LA PUISSANCE ÉCONOMIQUE.....	158
A) L’identification du pouvoir de marché .....	159
B) La possibilité d’exercice du pouvoir de marché.....	161
Section II – Le contrôle des justifications d’une opération.....	164
§1 <sup>ER</sup> – LES RAISONS D’ORDRE ÉCONOMIQUE .....	164
A) Les gains d’efficacité .....	165
B) L’exception de l’entreprise défaillante.....	167
§2 <sup>ÈME</sup> – LES RAISONS « D’INTÉRÊT COLLECTIF » .....	169
A) La protection d’un secteur sensible.....	169
B) La garantie de l’emploi .....	171
<b>CONCLUSION DU TITRE I DE LA SECONDE PARTIE.....</b>	<b>173</b>
<b>TITRE II- LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS SANCTIONNANT LES</b>	
<b>INFRACTIONS PROCÉDURALES .....</b>	<b>174</b>
<b>CHAPITRE I- L’OBLIGATION D’INFORMATION .....</b>	<b>175</b>
§ 1 <sup>ER</sup> – LA SANCTION D’UNE NOTIFICATION TARDIVE .....	175
A) L’exigence d’un impact négatif dans le marché .....	176
B) Les critères de majoration de la sanction .....	177
§ 2 <sup>ÈME</sup> –LA SANCTION D’INFORMATIONS ERRONÉES .....	179
A) Les fausses informations.....	179
B) Les informations inexactes.....	181
<b>CHAPITRE II- L’OBLIGATION DE SUSPENSION DE L’OPÉRATION....</b>	<b>183</b>
§1 <sup>ER</sup> – LA RECONNAISSANCE DE L’INFRACTION .....	183
A) Une infraction autonome.....	184
B) Une infraction grave.....	186
§2 <sup>ÈME</sup> – LES EFFETS DE L’INFRACTION .....	188
A) L’argument de « détournage » .....	189
B) Le rétablissement de la situation antérieure .....	191
<b>CONCLUSION DU TITRE II DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>193</b>
<b>CONSIDÉRATIONS FINALES .....</b>	<b>195</b>
<b>ANNEXE I – LES LOIS EN MATIÈRE DES CONCENTRATIONS.....</b>	<b>211</b>
<b>ANNEXE II- OPÉRATIONS DE CONCENTRATION ET RECOURS</b>	
<b>JURIDICTIONNELS.....</b>	<b>231</b>
1. Contrôle brésilien du CADE.....	231
2. La judiciarisation du contrôle des concentrations au Brésil par année.....	244
<b>ANNEXE III – ORGANIGRAMMES.....</b>	<b>246</b>
1. Contrôle des concentrations par le CADE.....	246

2. Système judiciaire brésilien.....	247
<b>SOURCES OFFICIELLES .....</b>	<b>248</b>
1. SITES INSTITUTIONNELS.....	248
2. TEXTES.....	248
• Brésil.....	248
3. JURISPRUDENCE.....	250
• Brésil.....	250
• Union européenne.....	255
• France .....	261
4. RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS .....	263
• Organisations internationales.....	263
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>264</b>
1. EN LANGUE PORTUGAISE (BRÉSIL).....	264
• Ouvrages.....	264
• Articles.....	267
2. EN LANGUE FRANÇAISE (UNION EUROPÉENNE ET FRANCE).....	271
• Ouvrages.....	271
• Articles.....	273
• Notes.....	281
3. EN LANGUE ANGLAISE.....	282
• Ouvrages.....	282
• Articles.....	282

## INTRODUCTION

1. Un marché est concentré lorsqu'un petit nombre de firmes ou d'entreprises détient une proportion considérable de l'activité économique, du total des ventes, des actifs ou des emplois<sup>1</sup>. La concentration peut revêtir diverses formes, lesquelles sont plus ou moins utilisées comme la fusion des entreprises ou bien l'acquisition d'une participation majoritaire. Toutes deux peuvent aboutir à la formation d'un agent économique unique<sup>2</sup>. Ce phénomène n'est pas restreint à certains pays, et encore moins à un régime politique en particulier<sup>3</sup>. De plus en plus de concentrations produisent simultanément des effets dans différents pays<sup>4</sup>. Aujourd'hui, avec la mondialisation de l'activité des entreprises et la multiplication des opérations, les marchés ont vu leurs dimensions dépasser les frontières des États<sup>5</sup>. Les effets des opérations sont ressentis dans plusieurs pays. Le progrès technologique représente un important défi parallèle. Les innovations et les applications industrielles des inventions scientifiques, comme la propre diffusion de techniques déjà établies et de nouvelles méthodes issues de ces techniques, remettent continuellement en question l'analyse du pouvoir de marché des entreprises<sup>6</sup>. Cette nouvelle économie apporte plus de

---

<sup>1</sup>Disponible à l'url : <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf> (accédé en janvier 2015).

<sup>2</sup>Sur le thème, voir L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentrations économique*, Paris, Économica, 1988, p. 350.

<sup>3</sup>P. YOKOTA, « O problema da concentração econômica », *Carta Capital*, 26 mai 2014. Disponible sur : <http://www.cartacapital.com.br/economia/o-problema-da-concentracao-economica-1363.html> (accédé en mai 2014).

<sup>4</sup>P. SILVEIRA, *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013. Voir également F. MARQUES, *Direito internacional da concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 295-297.

<sup>5</sup>L. IDOT, « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence - le contrôle des concentrations », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, 2-3, 2002, p. 175-205.

<sup>6</sup>A. MARCHAL, « Progrès Technique et concurrence dans la communauté économique européenne », *Revue Économique*, v. 12, n. 6, 1961, p. 849. « Dès les premiers pas d'une analyse de concentration, avec la définition du marché concerné, de telles caractéristiques peuvent se faire présentes. La régularisation sectorielle peut impacter l'encouragement compétitif en restreignant les discussions sur la substituabilité (Comp/M.1650-ACEA/Telefônica) ; il peut y avoir des cas où les limites du marché en question sont élargies parce qu'il concerne des produits ou des zones géographiques qui, en plus de ne pas être directement substituables, devront être considérés avant la « substituabilité en chaîne ». Sur ces aspects, voir le document de travail de la Commission sur l'analyse du marché et le calcul du pouvoir de marché significatif dans les termes de l'article 14 de la proposition de Directive relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques CM/2001/0175 final dans le sujet sur la définition de marché concerné.

difficultés pour l'analyse des concentrations en raison des changements constants dans les variables et la pratique des affaires<sup>7</sup>.

2. Au Brésil, la prise de conscience des problèmes attachés aux concentrations n'apparaît qu'après une longue évolution du mode d'intervention de l'État dans les activités économiques.

3. Dans une première étape, le Décret n° 11.385 de 1914<sup>8</sup> a été adopté à la suite de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, afin de lutter contre les abus dans la relation commerciale. À cette époque, au Brésil, on relève pour la première fois, de la même manière qu'en France, un certain engagement à traiter des abus des entreprises dans les relations commerciales.

4. Dans une seconde étape, la Constitution brésilienne de 1946 a affirmé le principe de protection contre « l'abus de pouvoir économique ». En effet, l'article 148 de la Constitution de 1946 réprime « toute forme d'abus de pouvoir économique, dont les unions ou regroupements d'entreprises individuelles ou sociales, de quelque nature que ce soit, qui ont pour objectif de dominer les marchés nationaux, d'éliminer la concurrence et d'augmenter arbitrairement les profits ». De là est née l'expression « abus de pouvoir économique », une formule devenue célèbre dans la lutte contre les formes monopolistiques<sup>9</sup>. Dès lors, le Brésil, à l'image de la France, se positionne en règle en faveur de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup>J. MICHAEL, « The Triumph of the new economy - a powerful payoff from globalization and the Info Revolution », Bloomberg, 30 décembre 1996. Disponible sur : <https://www.bloomberg.com/news/articles/1996-12-29/the-triumph-of-the-new-economy> (accédé en mai 2019) : « [...] Underlying the equity boom is the emergence of a New Economy, built on the foundation of global markets and the Information Revolution. Starting in the early 1980s and accelerating in the past few years, the U.S. economy has been undergoing a fundamental restructuring ».

<sup>8</sup>L'année 1914 est importante pour le droit antitrust. Aux États-Unis a été créée la Federal Trade Commission, par le biais du Federal Trade Commission Act. « It's an independent agency of the United States government for the elimination and prevention of anticompetitive business practices. Toujours en 1914 a été édité *The Clayton Act, sought to prevent anticompetitive practices in their incipiency* ».

<sup>9</sup>A. VENANCIO FILHO, *Intervenção do Estado no domínio econômico - O direito público econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 333.

<sup>10</sup> La liberté du commerce et de l'industrie a été établie lors de la révolution Française par le décret d'Allarde de 1791 pour la suppression des corporations permettant d'exercer une activité souhaitée puis, par le Conseil

5. Dans une troisième étape, la loi n° 4.137 du 10 septembre 1962 va traiter de la répression contre « l'abus de pouvoir économique ». On a créé l'autorité administrative de contrôle de concurrence, CADE – Le Conseil Administratif de Défense Économique. Constitue, entre autres<sup>11</sup>, l'abus au sens de cette loi, le fait de dominer les marchés nationaux ou d'éliminer totalement ou partiellement la concurrence, d'élever sans juste cause les prix, dans les cas de monopole naturel ou de fait<sup>12</sup>. De plus, former un groupe économique par agrégation d'entreprises au détriment de la libre délibération des acheteurs ou des vendeurs<sup>13</sup>, ou exercer une concurrence déloyale<sup>14</sup>, constituerait aussi une infraction. La loi n. 5 du 26 septembre 1962 est venue créer la Surintendance Nationale d'Approvisionnement (SUNAB) pour appliquer les politiques d'offre nationale de produits manufacturés. L'Autorité pouvait fixer des quotas de production, d'importation et d'exportation. Puis, le Comité National pour Encourager la Stabilisation des Prix (CONEP) a été créé par le décret n. 61.993/1967, du 28 décembre 1967. L'autorité administrative, SUNAB, devrait être consultée à l'avance pour envisager des ajustements de prix dans le secteur manufacturier.

6. Dans le contexte économique jusqu'en 1991, la place de l'État dans l'économie était assurée afin de maîtriser l'évolution économique du pays. Puis, avec le changement du rôle de l'État, la politique gouvernementale en matière de concurrence a émergé, et l'initiative privée plus importante a redynamisé l'activité économique. Ainsi, on a eu une loi

---

d'État français en tant que principe général du droit applicable même sans texte (Conseil d'État Ass. 22 juin 1951 Daudignac), ce terme désigne communément les conditions d'exercices des activités économiques.

<sup>11</sup>Exemples cités dans la Loi : entente ou accord entre entreprises ; acquisition d'ensemble d'entreprises ou de quotas, actions, titres ou droits ; coalition, incorporation, fusion, intégration ou toute forme de concentration d'entreprises ; concentration d'actions, de titres, de quotas ou de droits de pouvoir d'une ou plusieurs entreprises ou d'une ou plusieurs personnes physiques ; accumulations de direction, d'administration ou de gérance de plus d'une entreprise ; cessation partielle ou totale des activités d'une entreprise promues par un acte propre ou de tiers ; création de difficulté à la constitution, au fonctionnement ou au développement d'une entreprise.

<sup>12</sup>Dans le but d'augmenter arbitrairement les profits sans augmenter la production et de provoquer des conditions monopolistes ou exercer de la spéculation abusive afin de promouvoir l'élévation temporaire de prix par le biais de la destruction ou de la non utilisation par acte propre ou de tiers, de biens de production ou de consommation ; accaparement des marchandises ou matière-première ; rétention, dans le but de provoquer une carence de biens de production ou de consommation ; utilisation de moyens artificiels pour provoquer l'oscillation des prix au détriment d'entreprises concurrentes ou vendeuses de matière-première.

<sup>13</sup>Par le biais de la discrimination de prix entre acheteurs ou entre vendeurs ou fixation discriminatoire de prestation de service et subordination de vente de tout bien à l'acquisition d'un autre bien ou à l'utilisation d'un service déterminé ; ou subordination de l'utilisation d'un service déterminé à l'achat d'un bien déterminé.

<sup>14</sup>Par le biais de l'exigence d'une exclusivité de publicité ; entente préalable sur les prix ou accord d'avantages dans la concurrence publique ou administrative.

de 1991 de transition, qui prévoyait quelques règles pour l'ouverture du marché. Toutefois, ce que l'on considère comme étant une quatrième étape dans l'évolution du droit au Brésil, a été l'adoption le 11 juin 1994 de la loi n° 8.884<sup>15</sup> sur « la protection de l'ordre économique » qui introduit, pour la première fois, un véritable contrôle des concentrations au Brésil<sup>16</sup>. La loi reprend en pratique l'organisation des dispositifs prévus par la Loi de transition de 1991, mais vient créer un système de contrôle a posteriori et une procédure propre à l'analyse des opérations de concentration. Juste pour se faire une idée, entre 1962 et 1993 le CADE a instruit, en moyenne, 10 affaires de concentrations par an. Entre 1994 et 2006, la moyenne était de 450 affaires<sup>17</sup>. Un vrai contrôle des concentrations a été mis en place, avec une jurisprudence conséquente.

7. Dans une cinquième et ultime étape, l'instauration d'un contrôle des concentrations *ex ante* a été le résultat d'un long débat législatif. Cela a commencé en 2004 avec la présentation du projet de loi n° 3.937/2004 ; puis finalement l'adoption de la loi n° 12.529 du 30 novembre 2011, entrée en vigueur le 29 mai 2012 (régime actuel). Le long délai a été prévu pour faciliter la transition des lois. Grâce à cette loi, le contrôle des concentrations brésilien a atteint son plus haut sommet et se rapproche à grands pas de celui instauré dans l'Union européenne. Le contexte d'adoption de cette loi résidait dans une volonté collective d'une amélioration de la politique brésilienne en matière de protection de la concurrence. Le

---

<sup>15</sup> Cette loi interdit les atteintes à l'ordre économique qui sont définies comme tout acte ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter, de restreindre ou d'entraver la libre concurrence ou la libre entreprise, de contrôler le marché de produits ou services pertinents, d'augmenter arbitrairement les profits ou de constituer un abus de position dominante.

<sup>16</sup> Article 54, de la loi 8.884/94. Les actes, manifestés sous quelque forme que ce soit, qui pourraient limiter ou de quelque manière porter atteinte à la libre concurrence, ou résulter en la domination de marchés de biens ou de services, devront être soumis à l'appréciation du CADE. [...] § 4. Les actes dont traite le chapitre devront être notifiés, au préalable ou dans un délai maximum de quinze jours ouvrés de leur réalisation [...].

<sup>17</sup> A. BADIN, « Balanço das atividades da Procuradoria do CADE no biênio 2006/2007 », *Revista de Direito da Concorrência*, n° 15, 2007, p. 67.

Brésil avait déjà un système présentant de bons résultats<sup>18</sup>, mais il devrait améliorer son cadre juridique<sup>19</sup>.

**8.** La Loi brésilienne introduit un système exclusif d'analyse préalable d'opérations de concentration, recommandé depuis longtemps par la doctrine. Jusqu'en 2011, le Brésil était l'un des seuls pays au monde où les entreprises pouvaient réaliser les opérations de concentration avant d'avoir notifié et obtenu l'autorisation de l'Autorité de Concurrence.

**9.** Avec la nouvelle loi, le Brésil se rapproche du modèle adopté par l'Union européenne et la France, dans lequel le contrôle des concentrations est attribué en premier lieu à une autorité administrative. Comme en Europe, au Brésil, les décisions administratives peuvent être l'objet des recours contentieux formés par les parties concernées ou par les tiers.

**10.** Le contrôle juridictionnel des concentrations n'a à ce jour pas été étudié depuis sa mise en place dans les années 1990. Cette étude présente pour la première fois ce qui a été le plus important de ce contrôle, mais fait également une analyse prospective sur son avenir. Les lumières venues de la France et du droit de l'Union européenne nous permettent d'identifier aussi des aspects qui peuvent améliorer le contrôle brésilien.

**11.** La possibilité de recours juridictionnels contre les décisions d'une autorité administrative « quasi-juridictionnelle »<sup>20</sup> révèle des aspects positifs et négatifs<sup>21</sup>. En ce sens, selon M. Furquim de Azevedo, ce recours contentieux permet d'atténuer l'effet des *lobbys*

---

<sup>18</sup>Le Conseil Administratif de Défense Économique (CADE) a été le vainqueur du prix de la revue britannique *Global Competition Review* (GCR), qui évalue le travail des autorités de protection de la concurrence dans le monde entier, dans la catégorie *Americas* du *GCR Awards* 2011. Le CADE a obtenu le prix dans la catégorie générale. Le CADE a été le vainqueur aussi dans les années 2016 et 2017.

<sup>19</sup>En France, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, qui a ouvert la voie à l'Ordonnance n° 2008-1161, a modernisé l'analyse des concentrations en France. La nécessité de contrôle *a priori* demeurait ainsi l'effet suspensif de l'opération. La structure légale de la concurrence persiste également, caractérisée par la possibilité de consultation auprès de l'Autorité de la concurrence sur des thèmes relevant de sa compétence par les commissions parlementaires et les entités de droit public et privé.

<sup>20</sup>En raison de leur pouvoir de sanction, les autorités administratives sont des organes quasi-juridictionnel. Voir sur le thème G. CANIVET, « Le juge et les autorités de marché », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1992, p. 185-204, contestant le caractère juridictionnel de l'autorité. Voir aussi CJCE, 31 mai 2005, Syfait e. a., C-53/03, qui indique que l'autorité grecque de la concurrence n'est pas une juridiction.

<sup>21</sup>Voir la référence A-L. SIBONY à Motulsky, « Traitant spécialement du droit de la concurrence ». A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 22.

(l'action des groupes d'intérêts) et vient diminuer la probabilité d'erreurs des décisions de type 1 et de type 2<sup>22</sup>, mais les recours devant le juge retardent la procédure, mettant en péril la bonne exécution des décisions administratives, ce qui, à terme, nuit à une politique de concurrence efficace<sup>23</sup>. Il faut également tenir compte du fait que les voies de recours peuvent permettre aux parties concernées de demander des éventuelles indemnisations du préjudice causé par la décision de l'Autorité<sup>24</sup>.

**12.** Quantitativement, les recours contre les décisions en contrôle des concentrations ne sont pas nombreux au Brésil, si on les compare aux recours qui existent à l'encontre des décisions sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, ils ne sont pas sans intérêt. L'enjeu est notamment d'identifier les caractéristiques de ce contrôle juridictionnel aussi bien que ses conséquences pour le contrôle des concentrations. Dans cette perspective, il est utile de le comparer aux contrôles juridictionnels qui peuvent exister dans d'autres systèmes, comme au sein de l'Union européenne ou en France<sup>25</sup>.

**13.** En identifiant principalement le champ d'application et le contenu des décisions des modèles voisins, il est plus aisé de comprendre les problèmes existants dans le contrôle juridictionnel brésilien afin d'améliorer son fonctionnement.

**14.** Cette étude est limitée au contrôle juridictionnel des concentrations, et n'abordera pas les autres composantes du droit de la concurrence, comme le droit *antitrust*.

---

<sup>22</sup> Il existe toujours un risque d'erreur dans la prise de décision de l'autorité de la concurrence. L'erreur de type 1 c'est lorsqu'une fusion aurait accru l'équilibre du marché et une erreur de type 2 c'est lorsque la réalisation d'une fusion n'est pas souhaitable sur le plan social, mais est toutefois approuvée.

<sup>23</sup>P. F. AZEVEDO, « Judicial review of antitrust decisions: incentives for settlements? », *Advances in the Analysis of Competition Policy and Regulation*, Cresse Conference, Heraklion, 2017. Disponible sur : [https://www.cresse.info/uploadfiles/2017\\_pa11\\_pa2.pdf](https://www.cresse.info/uploadfiles/2017_pa11_pa2.pdf) (accédé en mai 2019).

<sup>24</sup>Voir dans ce sens TPICE, 9 septembre 2008, My Travel / Commission, T-213/03, et TPICE, 9 septembre 2008, My Travel / Commission, T-403/05.

<sup>25</sup>Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentrations, la sanction de réalisations sans notification, d'omissions ou d'inexactitudes dans la notification ou du non-respect d'engagements mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de recours. Un recours peut être introduit par les parties à l'opération comme par tout tiers ayant un intérêt à agir. Les règles relatives à la recevabilité et à la procédure des recours en matière de décisions de concentration relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État. « Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », 2013, p. 76.

**15.** Il est plus difficile au Brésil de trancher les affaires pour les raisons suivantes : le juge en charge des recours n'est pas spécialisé ; la procédure juridictionnelle prévoit plusieurs recours avant la décision finale ; le long délai des procédures exige une attention spéciale aux décisions provisoires.

**16.** Le contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil est encore très embryonnaire. Par ailleurs sa durée excessive nuit à une bonne politique concurrentielle.

**17.** Les autorités administratives de concurrence dans les différentes régions du monde sont enclines à partager entre elles leurs expériences positives pour optimiser leurs décisions futures. On doit avancer pour faire de même pour le contrôle juridictionnel.

**18.** La présente thèse suivra une méthodologie qui repose sur l'ordre chronologique du déroulement du contrôle juridictionnel en droit brésilien. La jurisprudence brésilienne en la matière sera étudiée de manière exhaustive. Les solutions consacrées dans les précédentes décisions forment la base des démonstrations apportées dans ce travail. Cette étude analysera les décisions prises aussi bien dans le cadre du contrôle *a posteriori* (entre 1994 et 2011) que du contrôle *a priori* (après 2011), même si les décisions brésiliennes sont majoritairement issues du régime *a posteriori* (sous l'ancienne loi de 1994). Par conséquent, les principales conclusions découleront du contenu de ses décisions. Les diverses décisions relatives à une même affaire, dans différentes instances judiciaires, pourront faire l'objet d'analyses autonomes, justifiées : i) soit par la singularité de la décision et sa répercussion interprétative ; ii) soit parce que certains cas brésiliens sont toujours en cours d'instance, et que seule la décision de 1<sup>ère</sup> ou 2<sup>ème</sup> instance est connue. Il convient de préciser que certaines affaires peuvent être analysées sous différents angles et confrontées avec les solutions prononcées dans l'UE et en France. Enfin, les observations émises tout au long de cette étude seront utilisées pour donner des propositions concrètes afin d'enrichir et de faire évoluer le système juridictionnel brésilien.

**19.** Avant de traiter la problématique annoncée, il est essentiel de débiter l'étude par une partie préliminaire qui permettra d'appréhender et de comprendre le contrôle administratif des concentrations au Brésil et l'organisation du contrôle juridictionnel. Une

première partie sera consacrée à la procédure du contrôle juridictionnel, en mettant en avant la recevabilité et les aspects concernant les types de procédure du contrôle juridictionnel à la lumière de la pratique française et de l'Union européenne (Première Partie). Dans une seconde partie, il s'agira d'étudier l'étendue du contrôle juridictionnel, qui comporte un contrôle des décisions finales et des décisions de sanctions des infractions procédurales (Seconde Partie). Enfin, seront présentées des conclusions générales concernant l'efficacité du contrôle juridictionnel et les problèmes rencontrés de nos jours dans un contrôle abondant de décisions de l'autorité de la concurrence, suivis des quelques propositions concrètes pour l'amélioration de ce scénario (Considérations Finales).

## **PARTIE PRÉLIMINAIRE : LE SYSTÈME BRÉSILIEN DE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS**

### **CHAPITRE I- LE CONTRÔLE ADMINISTRATIF DES CONCENTRATIONS AU BRÉSIL**

**20.** Pour comprendre le contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil, un exposé de la phase administrative du contrôle des concentrations est nécessaire. Le contrôle juridictionnel s'est, en effet, développé sur la base de deux régimes différents : le régime mis en place par la loi 8.884/94, puis le régime actuel issu de la loi 12.529/11. De plus, la jurisprudence s'est en partie développée dans le cadre de l'ancien système.

On commencera par présenter le contrôle *a posteriori* mis en place par la loi de 1994 (section I), puis le contrôle *a priori* qui lui a succédé à partir de la loi de 2011 (section II).

#### **Section I – Le contrôle a posteriori des concentrations (de 1994 à 2011)**

**21.** L'article 3<sup>ème</sup> de la loi dit que le Conseil Administratif de Défense Économique (CADE) est l'autorité administrative brésilienne chargée de veiller sur la libre concurrence au Brésil. C'est le même texte depuis 1962. Le CADE est rattaché au Ministère de la Justice, et se trouve à Brasília, District Fédéral, capitale du pays. Le CADE, qui au début ne s'occupait que des affaires de pratiques anticoncurrentielles, a pris en charge en 1994 le contrôle des concentrations. Il était constitué de sept membres : un président et six commissaires. Tous étaient nommés par le Président de la République, sur avis du Sénat. Leur mandat était de deux ans renouvelables. Ils n'étaient pas révocables, sauf dans les cas

strictement définis.

**22.** L'objectif était de chercher à identifier le pouvoir de marché, et de faire le point sur les aspects positifs et négatifs envisagés dans chaque opération. Le CADE avait le dernier mot au sein de l'Etat pour décider sur les sujets concernant les concentrations<sup>26</sup>. Cela voulait dire que la décision définitive était confiée à une autorité administrative indépendante (AAI), et non à un ministre d'Etat, comme cela était le cas en France sous l'empire de l'ordonnance 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

Ce système était caractérisé par un domaine du contrôle obligatoire *a posteriori* (§ 1<sup>ER</sup>) et par l'exercice du contrôle fondé sur une analyse de l'impact de l'opération sur le marché (§ 2<sup>ÈME</sup>.)

## § 1<sup>ER</sup> – LA NOTIFICATION OBLIGATOIRE

**23.** Le système de 1994 prévoyait la possibilité d'une notification préalable, mais cette notification intervenait après la réalisation de l'opération. Selon l'article 54, §4, les actes devaient être notifiés préalablement ou 15 jours ouvrables (pas ouvrés) après la réalisation de l'opération. Après un débat dans les premières années sur ce qui pouvait être considéré comme la « réalisation », l'article 98 du Règlement d'application n° 45 du CADE, du 28 mars 2007, indiquait que la réalisation était le premier document de « liaison » entre les parties de l'opération. Pour la quasi-totalité des agents économiques, la notification n'avait lieu qu'après ces 15 jours ouvrés<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Dans une traduction littérale de l'article 50 de la loi de 1994, on dit que les décisions du CADE ne peuvent faire l'objet de révision par le Pouvoir Exécutif, pouvant être exécutoires dès son édition : elles sont immédiatement exécutoires.

<sup>27</sup> E. C. ANDERS; L. PAGOTTO; et V. BAGNOLI (dir.), *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*, São Paulo, Método, 2012, p. 273.

**24.** L'article 54, § 5 indiquait que si le délai maximum n'était pas observé, les parties concernées devaient payer une amende. Le Règlement d'application n° 44 du CADE, du 14 février 2007, prenait en compte les caractéristiques des parties concernées pour l'application de cette amende.

**25.** Même retardé, ce contrôle était important pour le Brésil car il permettait de connaître les mouvements des entreprises dans des différents marchés et éventuellement d'interdire des opérations qui pouvaient limiter ou porter atteinte à la libre concurrence ou entraîner la domination du marché de biens et services (article 54 de la loi de 1994).

**26.** La loi de 1994 a ouvert les portes pour contrôler la croissance du pouvoir de marché, mais aussi pour introduire un débat devant le juge sur les décisions du CADE dans les opérations de concentration.

La loi exigeait du CADE le contrôle des « actes de toute forme présentés » qui pouvaient porter atteinte à la concurrence (A), en observant des seuils concernant des chiffres d'affaires et de la participation de marché des parties concernées (B).

A) La définition d'« actes de toute forme présentés »

**27.** L'objectif de prévenir des structures de marché qui puissent générer des problèmes concurrentiels est le centre du contrôle des concentrations. Selon l'article 54 de la loi de 1994, les actes se manifestant sous plusieurs formes susceptibles de porter atteinte à la libre concurrence devaient être notifiés au CADE. Il n'y avait pas de définition claire de la notion de concentration. La loi employait une expression abstraite, ce qui représentait une difficulté pour les entreprises qui ne pouvaient pas prévoir avec certitude la nécessité de notification<sup>28</sup>. En France, l'ordonnance de 1986 reprend la notion de concentration de

---

<sup>28</sup> G. V. C. ARAÚJO, « A lei 12.529/11 : nova lei do CADE », Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, ano 4, n. 24, Distrito Federal, aout. 2012. Disponible à l'url: [http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo\\_Gilvandro1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html).

l'Union qui indiquait plus au moins ces actes, puisque l'article 39 de l'Ordonnance définit une concentration, quelle qu'en soit la forme, mais qui implique le transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une « influence déterminante ».

**28.** Une logique de précaution a guidé le législateur au Brésil qui a tenté d'appréhender la plus grande quantité d'opérations entre les entreprises en obligeant de les présenter à l'Autorité de la concurrence. Cela voulait dire qu'on laissait la main au CADE, et ensuite aux juges en cas de contrôle juridictionnel, pour dire ce qui était un « acte nuisible à la concurrence ».

**29.** Certains auteurs ont soutenu que la notification n'était pas obligatoire quand l'opération « n'était pas susceptible d'avoir des effets nuisibles à la libre concurrence »<sup>29</sup>. A l'inverse, d'autres ont soutenu que l'obligation de notification était générale et qu'il fallait notifier au CADE, ce dernier devant isoler les actes nuisibles à la concurrence au moment de la décision<sup>30</sup>. Il n'y avait pas de consensus, et ce même au sein du collège du CADE. Les commissaires n'étaient pas d'accord sur ce qui pouvait porter atteinte à la concurrence. Est-ce qu'une restructuration sociétaire pouvait être contraire à la concurrence ? Ils se posaient la question. Dans l'affaire *Akros Comércio Exterior Ltda*, dans les années 2000, « Le Tribunal du CADE dans une formation majoritaire décide que l'opération ne devait pas faire l'objet d'un examen par le CADE, mais un Commissaire a émis une opinion contraire et soutenu que, même si la restructuration sociétaire ne portait pas atteinte à la concurrence, elle devait être obligatoirement notifiée au CADE ».<sup>31</sup> L'incertitude sur le devoir de notifier une

---

<sup>29</sup> L. CORDOVIL et al., *Nova lei de defesa da concorrência comentada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

<sup>30</sup> O. SAMPAIO et J. MAGALHÃES, « A concentração das empresas e a competência do CADE », RIJ, ano 35, n. 140, 1998, p. 112.

<sup>31</sup> Dans ce sens, voir CADE, 30 août 2000, *Akros Comércio Exterior Ltda*, affaire 08012.000704/00-56.

opération devint un champ flou, ce qui a donné lieu à des recours, surtout quand la décision était négative.

## B) Les seuils de chiffre d'affaires et de la participation de marché

**30.** Dans le cadre de la loi de 1994 qui exigeait la notification des actes qui pouvaient nuire à la libre concurrence, une condition de seuil était également requise. Deux seuils étaient prévus. La loi visait « les opérations de concentration dont au moins une des entreprises ou son groupe présentaient le chiffre d'affaires de 400 millions de réais »<sup>32</sup>, mais elle ne donnait aucune information sur le périmètre géographique du chiffre d'affaire à prendre en compte pour déclencher l'obligation de notification. L'article 54, § 3 ajoutait ensuite un seuil en parts de marché. Il était également obligatoire de notifier une opération si une entreprise ou un groupe disposait de plus de 20% de parts de marché.

**31.** En ce qui concerne les seuils, deux problèmes étaient remarquables. On ne savait pas si le chiffre d'affaires de 400 millions était local ou mondial<sup>33</sup>, ce qui posait problème pour les entreprises n'ayant pas de chiffres d'affaires au Brésil. De même, pour le seuil en parts de marché, il n'y avait pas d'indication, et la définition des marchés était un point de discussion, y compris dans le cadre des recours.

Selon M. Caminati, l'absence d'une définition claire conduisait à des situations dans lesquelles on était obligé de notifier au CADE une opération alors même que ni le vendeur ni l'acquéreur ne franchissait les seuils<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Art 54, § 3 de la loi de 1994.

<sup>33</sup>Dans ce sens, voir CADE, 19 août 1998, Sherwin Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda et Lazzuril Tintas SA, affaire 08012.002740/1998-02. « Il est évident que le chiffre d'affaires à adopter englobe le montant réalisé par le groupe entier, peu importe le nombre de filiales ou succursales qui le composent. Autrement, si l'on adoptait comme paramètre le chiffre d'affaires d'une simple succursale, on sous-estimerait dramatiquement la possibilité qu'un grand conglomérat a d'exercer un pouvoir économique, et ce n'est pas l'objectif visé par les lignes directrices adoptées par le CADE ».

<sup>34</sup> E. C. ANDERS; L. PAGOTTO; et V. BAGNOLI (dir.), *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*, São Paulo, Método, 2012, p. 277.

**32.** Ce sont ces incertitudes sur les seuils du système qui ont posé des problèmes dans la mise en œuvre du contrôle des concentrations et ont créé matière à des recours juridictionnels.

## § 2<sup>ÈME</sup> – L'EXERCICE DU CONTRÔLE

**33.** L'exercice du contrôle brésilien de 1994 peut être divisé en deux phases : la phase d'instruction et la phase de décision. Au moment de l'instruction, les parties concernées devaient présenter les informations et documents sur le projet de concentration et sur son impact sur le marché. La phase de décision intervenait quand l'autorité, sur la base de l'instruction, autorisait, interdisait ou autorisait moyennement des restrictions.

**34.** Les décisions autorisant l'opération avec des modifications partielles étaient les plus fréquentes. Les plus courantes visaient des modifications et/ou suppressions de clauses de non concurrence, la vente d'actifs. Il y avait également des impositions des amendes pour notification tardive d'une opération réalisée.

L'exercice du contrôle peut être envisagé quant à la procédure (A) et quant au test d'appréciation au fond (B).

### A) La procédure d'instruction

**35.** L'instruction des opérations dans la loi de 1994 était confiée à deux organes, attachés, respectivement, aux Ministères de la Justice et de l'Économie : le Secrétariat du Droit Économique (SDE) et le Secrétariat de Surveillance Économique (SEAE). Le premier avait un regard plutôt juridique et le second un regard économique. Ils présentaient leurs avis sur l'opération. Les membres de la SDE et de la SEAE étaient nommés par les Ministres.

**36.** L'examen des projets de concentration commençait par la communication des entreprises sur un « acte » pouvant porter atteinte à la libre concurrence. Le formulaire, prévu dans le Règlement d'application n° 15 du CADE, du 19 août 1998, indiquait la procédure, les documents et les informations exigés sur la situation des entreprises et celle du marché affecté.

**37.** La SDE et la SEAE avaient 30 jours pour donner leur opinion sur l'opération. Comme il n'y avait pas un système centralisé de contrôle et que les informations disponibles sur le marché étaient restreintes, une instruction complémentaire pouvait être décidée, ce qui entraînait une suspension du délai (art. 54, § 6 de la loi de 1994).

**38.** Quand l'instruction de l'affaire était suspendue pour la recherche des informations complémentaires, les effets de l'opération étaient eux-mêmes suspendus jusqu'à l'autorisation intégrale du CADE. Cela voulait dire que la nouvelle entité issue de la concentration réalisée pouvait rencontrer des restrictions pour signer des contrats, pour obtenir des financements bancaires, surtout auprès de l'Administration Publique. Selon la loi, la nouvelle structure avait besoin d'un timbre du CADE pour que l'opération puisse être considérée conclue (art. 54, § 7).

**39.** À la suite des avis de la SEAE et de la SDE, le CADE démarrait l'analyse et adoptait une décision. Il pouvait autoriser, autoriser avec des conditions ou interdire une opération.

**40.** Tout d'abord, l'affaire était envoyée au service juridique (art. 10, V et art. 42 de la Loi de 1994) qui traitait des aspects de fait et de droit qui pouvaient intéresser la décision du CADE. Ensuite, le Commissaire rapporteur présentait ses conclusions au Collège. À l'origine, le Département des avis économiques n'était pas prévu par la Loi. Il n'a été créé qu'en 2009 par le règlement n° 53 du CADE du 16 septembre 2009, et visait à soutenir les membres du Collège sur les aspects économiques des affaires.

**41.** Dans ce contexte où les opérations étaient déjà réalisées, les entreprises concernées n'avaient pas d'incitation à collaborer avec les SEAE, SDE et CADE, car à la fin,

une décision interdisant l'opération pouvait intervenir. Le CADE, de son côté, n'était pas contraint d'adopter une décision ; il pouvait suspendre le délai et instruire l'opération sans urgence.

**42.** Si l'opération était visiblement contraire à la concurrence, le CADE avait prévu, par règlement<sup>35</sup>, des mesures administratives d'urgence pour protéger les conditions du marché et pour éviter une décision inutile<sup>36</sup>. La motivation pour la mesure administrative était le *periculum in mora* et le *fumus boni iuris* des opérations de concentration pour le marché. Ces mesures pouvaient être unilatérales, ou faire l'objet de la signature d'un accord à l'amiable (APRO – accord pour préserver la réversibilité de l'opération).

**43.** Le Commissaire rapporteur présentait enfin une proposition de décision, qui était analysée et discutée avec les autres membres du Collège. La seule possibilité de discussion par les parties concernées qui n'étaient pas d'accord avec la position adoptée, était de former un recours juridictionnel.

## B) Le test d'appréciation au fond

**44.** Le contrôle opéré sous la loi de 1994 avait pour but d'empêcher l'autorisation d'une opération qui pouvait créer, limiter ou porter atteinte à la libre concurrence, ou aboutir à la domination des marchés (article 54 de la loi). La loi prévoyait une possibilité d'autorisation quand l'opération avait pour objectif d'augmenter la productivité, d'améliorer la qualité des biens et services, ou la possibilité d'efficacité et le développement économique ou technologique. De plus, on exigeait de partager, d'une façon équitable, les résultats de l'opération avec les consommateurs (article 54, II). On devait observer aussi les limites nécessaires pour l'obtention des objectifs indiqués ci-dessus (article 54, IV). Il s'agit de la même définition observée dans l'article 101, § 3 TFUE.

---

<sup>35</sup> Règlement d'application n° 28 du CADE, du 24 juillet 2002.

<sup>36</sup> Article 8, § 1, du Règlement n° 28 de 2002.

**45.** Si l'opération était considérée par le CADE comme contraire aux exigences concurrentielles, les parties concernées avaient la charge de présenter les bénéfices de l'opération. Ensuite le CADE devait les évaluer pour compenser les aspects négatifs envisagés.

**46.** Le devoir du CADE d'analyser les opérations déjà réalisées a toujours été problématique, car il avait du mal à revenir en arrière. La mission d'interdire les opérations était chaque fois plus difficile<sup>37</sup>. La grande majorité des décisions était l'autorisation, avec des petites corrections, de l'opération notifiée, comme la suppression de clauses de non concurrence et d'exclusivité, de ventes d'actifs. L'autorisation sous condition pouvait prendre la forme unilatérale ou faire l'objet d'un accord à l'amiable. Très peu d'opérations ont été interdites du fait de la difficulté de revenir en arrière.

**47.** Il n'était pas facile pour les entreprises d'accepter des conditions même limitées, alors que l'opération était déjà réalisée. Dans ce contexte, les recours se sont multipliés.

## **Section II – Le contrôle *a priori* des concentrations (de 2012 à nos jours)**

**48.** L'objectif de la loi de 2011 était d'améliorer le contrôle des concentrations, surtout quant au moment de la notification de l'opération. Dans l'ancien système, une fois l'opération notifiée, il fallait attendre plus de deux ans pour que le CADE rende sa décision. Si le CADE imposait une condition, il s'ensuivait des recours qui portaient atteinte à la sécurité juridique requise dans un contrôle administratif des concentrations. Encore à ce jour, des opérations réalisées sous l'ancien système font toujours l'objet de recours juridictionnels.

**49.** Les difficultés d'un contrôle *a posteriori*, déjà claires pour les utilisateurs du

---

<sup>37</sup> R. CASTRO, « A responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na análise dos atos de concentração », Revista Magiser de Direito Empresarial, v. 44, 2012, p. 25-50.

contrôle brésilien, ont été confirmées par l'analyse de l'OCDE. Lors du *peer review* en 2010<sup>38</sup>, l'OCDE a identifié les principaux problèmes du système brésilien et suggéré de mettre en place un contrôle préalable des concentrations, en unifiant les guichets. L'OCDE a aussi suggéré la présence d'un corps de techniciens permanent pour analyser les affaires.

La nouvelle loi est caractérisée par une définition plus claire de l'objet du contrôle (§ 1<sup>ER</sup>) et l'introduction d'un test d'évaluation à l'européenne (§ 2<sup>ÈME</sup>).

## § 1<sup>ER</sup> – LE CARACTÈRE CONTRÔLABLE DE L'OPÉRATION

**50.** Le centre de prise de décisions stratégiques des entreprises concurrentes (dans le cadre d'opérations horizontales), de même que l'intégration de nouveaux maillons dans la chaîne productive (pour les concentrations verticales), peuvent impacter négativement la concurrence et générer une perte de bien-être pour la société. On parle du contrôle des groupes sociétaires et des groupes contractuels. Le contrôle préalable diminue les risques pour le marché<sup>39</sup>. Comme au sein de l'Union européenne, le contrôle des concentrations au Brésil essaie autant que possible de maintenir une concurrence effective sur les marchés concernés, sans toutefois avoir pour objectif d'établir une concurrence pure et parfaite sur ces marchés.

**51.** En ce sens, le contrôle doit obtenir des données pertinentes pour l'investigation, qui permettent une plus grande expertise des Autorités de concurrence, le tout dans une optique préventive, pour limiter les potentielles infractions originaires des opérations de

---

<sup>38</sup> OCDE et IDB, « Competition Law and Policy in Brazil – a peer review », 2010.

<sup>39</sup> Selon Mme FRAZAO, en ce qui concerne le groupe sociétaire, on cherche l'existence d'une direction économique unitaire, même si la personnalité morale reste distincte. Pour les groupes contractuels, on cherche la relation contractuelle qui sépare l'existence d'une entreprise et d'une relation de marché. A. FRAZAO, *Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2017.

concentration<sup>40</sup>.

Dorénavant, le CADE maintient le contrôle des « opérations de concentration d'entreprises » (A), lorsqu'elles rentrent dans les seuils établis de manière prédéfinie (B). La loi modifie les règles pour éliminer les imprécisions de 1994.

#### A) La définition d'une « opération de concentration »

**52.** Si la loi de 1994 disait qu'on devait contrôler « les actes de quelles que soient les formes présentées », la Loi de 2011 indique que le CADE doit contrôler « une opération de concentration ». Il y a « une opération de concentration », selon la Loi, lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, ou lorsque plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, le contrôle d'une ou de plusieurs entreprises (l'article 88 de la loi n° 12.529/11)<sup>41</sup>. À l'image du droit de l'Union européenne, l'existence d'une direction économique unique et durable est une condition nécessaire pour déterminer si l'on est en présence d'une concentration. On retient au Brésil la définition du droit de L'Union.

**53.** Au Brésil, il n'existe pas de définition rigide de ce qu'est une fusion. L'article 228 de la Loi des sociétés anonymes (loi n° 6.404/76) définit la fusion comme « l'opération

---

<sup>40</sup>« La répartition et la discussion des informations, qui ne sont rien de moins que le reflet du principe démocratique dans la vie économique, permettent et même suggèrent la nécessité d'une construction collective (bien que non communiquées au public) de la connaissance de la réalité du marché ». L'auteur indique que le but du droit de la concurrence, qui est de prôner l'efficiencia de la vie économique est devenu plus important à la fin des années 1970 et 1980. C. SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, São Paulo, Malheiros, 5<sup>e</sup> ed., 2019, p.21-22.

<sup>41</sup>CADE, 29 décembre 2012, Haleakala Participações S.A. et OESP Participações S.A., affaire 08700.010466/2013-80, acquisition par Haleakala Participações S.A. (« Haleakala ») de la participation détenue par OESP Participações S.A. (« OESP ») dans le capital social de ZAP S.A. Internet (« ZAP » ou « Entreprise Objet »). Le capital social de ZAP est actuellement divisé entre Haleakala et OESP (50% chacune) qui, ensemble, partagent le contrôle de l'Entreprise, objet de l'opération. A l'issue de l'opération, Haleakala détiendrait 100% du capital social total de ZAP, devenant ainsi l'unique actionnaire. ZAP opère dans la commercialisation d'espaces publicitaires sur Internet par le biais de son site électronique [www.zap.com.br](http://www.zap.com.br), qui offre des annonces publicitaires et des petites annonces liées aux segments immobilier, de véhicules, d'emplois et mix (opportunités et affaires).

par laquelle se lient deux ou plusieurs sociétés pour former une nouvelle société, qui leur succédera dans tous leurs droits et obligations ». Cette définition est similaire à celle donnée par l'article 1.119 du Code Civil du Brésil : « la fusion détermine l'extinction des sociétés qui se lient, pour former une nouvelle société, qui leur succédera dans les droits et les obligations »<sup>42</sup>.

Ces définitions décrivent le mécanisme juridique<sup>43</sup> par lequel une entité économique nouvelle est formée<sup>44</sup>. Ainsi, cette définition comprend aussi « les fusions de fait », à l'image de certaines structures contractuelles sans prise de contrôle<sup>45</sup>. Dans ce cas, la fusion doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence, qui va l'analyser<sup>46</sup>. L'Autorité de la concurrence brésilienne peut, comme l'Autorité de la concurrence en France (AdIC), « tenir compte dans son appréciation de différents facteurs tels que l'existence de participations croisées, les comptes consolidés, la compensation des profits et des pertes entre les entreprises réunies par l'opération, la répartition des recettes entre les différentes entités, ou leur responsabilité solidaire »<sup>47</sup>. Les définitions brésilienne et européenne de la fusion sont donc semblables, de ce fait, de nombreux points communs sont répertoriés dans l'examen du contrôle des concentrations.

#### 54. La notion de contrôle, à la différence de celle de fusion, n'est pas définie de façon

---

<sup>42</sup>Visant à une économie d'échelle, les entreprises recherchent des synergies qu'ils ne trouveraient pas au cas où ils ne seraient pas unis. Voir F. COELHO, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 22<sup>e</sup> ed, 2018, v. 3.

<sup>43</sup>JOCE, 25 janvier 2000, Danish Crown, Affaire IV/M. 1313. Une nouvelle coopérative d'abattage.

<sup>44</sup>CADE, 2 avril 2013, American et US Airways, Affaire n. 08700.001796/2013-65. American, AMR et US Airways ont signé l'« Agreement and Plan of Merger », qui a établi les termes et les conditions pour la fusion entre AMR et US Airways, qui donnera naissance à US Airways, société intégralement contrôlée par American.

<sup>45</sup>Commission européenne, 10 février 2013, Carnival Corporation / P&O Princess II, COMP/M.3071. Affaire Caisse d'Épargne et Banque Populaire, Autorité de la concurrence, décision n. 09-DCC-16. Le rapprochement des groupes Banque Populaire et Caisse d'Épargne a fait l'objet d'un examen par l'Autorité de la concurrence sur les marchés bancaires, en distinguant les services destinés aux particuliers (banque de détail) de ceux destinés aux entreprises (banque commerciale). A l'issue de cet examen, l'Autorité a autorisé l'opération sous réserve d'engagements de la Banque Populaire destinés à remédier aux problèmes de concurrence.

<sup>46</sup>CADE, 14 janvier 2014, PT et Oi, affaire 08700.010914/2013-26. Fusion effective des actifs des deux entreprises en une seule société de capitaux brésilienne (temporairement dénommée « CorpCo »), sans actionnaire majoritaire qui détiendrait le contrôle, laquelle contrôlera toutes les activités des deux entreprises au Brésil et dans le monde. Les actionnaires de la compagnie résultante de la fusion seront les actuels actionnaires de Oi et PT, ainsi que d'autres venus participer à l'augmentation prévue du capital de CorpCo.

<sup>47</sup>« Règlements du CADE », 2012, n. 2. Voir, en France, les Lignes directrices de L'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », 2013.

uniforme dans la législation brésilienne. L'existence de plusieurs avis fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. Pour M. Coelho, le contrôle peut être défini comme la capacité d'exercer une influence déterminante sur les décisions de l'entreprise, c'est-à-dire la capacité de déterminer le comportement commercial et concurrentiel d'une entreprise<sup>48</sup>. Pour M. Comparato, le contrôle se détermine par rapport à l'activité et aux biens d'une entreprise donnée<sup>49</sup>.

Comme en Europe, on comprend que la notion de contrôle est plus qualitative que quantitative<sup>50</sup>. En droit de l'Union européenne, on parle d'une altération durable de contrôle des entreprises concernées. Selon les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence française (AdlC), une entreprise est contrôlée dès l'instant où l'entreprise qui détient le contrôle peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée<sup>51</sup>. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée. En ce sens, l'acquisition ou la modification du capital de plusieurs entreprises implique un rôle primordial dans le processus décisionnel des entreprises, qui possède un effet réel sur l'efficacité de la concurrence.

**55.** Il faut souligner l'attention toute particulière donnée actuellement aux participations minoritaires. Celles-ci peuvent, bien que minoritaires, permettre un certain

---

<sup>48</sup>F. COELHO, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 22<sup>e</sup> ed, 2018, v. 3.

<sup>49</sup>F. COMPARATO et C. SALOMAO FILHO, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 6<sup>e</sup> ed., 2014.

<sup>50</sup>« Dans la mesure où le critère s'articule autour de la notion de contrôle, l'existence d'une concentration est, pour une large partie, déterminée par des critères qualitatifs plutôt que quantitatifs ». CJUE, 11 septembre 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias, C- 43/10.

<sup>51</sup>« [...] 58. Il est clair que, dans les cas où un agent acquiert le contrôle ou une influence déterminante sur son rival (même via une participation minoritaire), une analyse sur d'éventuels effets anti-concurrentiels doit être effectuée, puisque l'entreprise acquéreuse va déterminer ou au moins influencer de manière substantielle le comportement de son concurrent, pouvant le rallier à ses intérêts. Cette interprétation du CADE est partagée par la plupart des Autorités antitrust du monde ». CADE, 26 février 2015, Telefônica S.A, affaire 53500.012487/2007. Assicurazioni Generali S.p.A. Intesa Sanpaolo S.p.A. et Mediobanca S.p.A. (sociétés entrepreneuriales intégrantes de TELCO S.A.) et Tim Brasil Serviços e Participações S.A. Voir aussi déc. n° 12-DCC-125 du 27 août 2012 relative à la prise de contrôle conjoint de 28 magasins de commerce de détail à dominante alimentaire par l'Union des Coopérateurs d'Alsace et l'Association des Centres Distributeurs E. Leclerc.

Les critères permettant de caractériser « l'influence » sont les suivants : (i) la nomination et la révocation du président des sociétés d'exploitation et des membres des comités de parrainage, (ii) la politique commerciale des sociétés d'exploitation, et (iii) les changements d'enseigne et les cessions d'actions.

contrôle. En l'état actuel des choses, le règlement d'application n° 2 du CADE, du 29 mai 2012, soumet à notification obligatoire les prises de participation minoritaires qui ne confèrent pas le contrôle dans des sociétés concurrentes, lorsqu'elles dépassent 5% du capital des sociétés cibles. En ce sens, la définition de concentration peut sembler incomplète, puisqu'elle renvoie au concept de décision « essentielle » ou « stratégique »<sup>52</sup>, ce qui paraît impossible d'être défini par une liste exhaustive.

**56.** Au Brésil, en sus de ces questions traditionnelles liées à la notion de contrôle, une concentration est aussi identifiée quand deux ou plusieurs entreprises signent un contrat associatif<sup>53</sup>, créent un consortium ou une *joint-venture*<sup>54</sup>. Pour préciser ce qui peut être considéré comme un contrat associatif, le CADE a adopté le Règlement n°17, du 18 octobre 2016. Selon celui-ci, sont dits « associatifs » tous les contrats avec une durée égale ou supérieure à deux ans, qui caractérisent une « activité commune », et où les entreprises concurrentes partagent les profits et les risques de l'activité économique objet du contrat ; dans le marché pertinent l'objet du contrat et les critères objectifs établis dans l'article 88 de la Loi 12.529/2011 doivent être remplis<sup>55</sup>.

**57.** Comme on peut observer, la définition de concentration au Brésil est semblable aux standards internationaux, même si sur la question des participations minoritaires on a créé des « situations de risque », qui font partie des groupes contractuels, et qui obligent des

---

<sup>52</sup>Industri Kapital est une société de capital-risque qui gère et contrôle un certain nombre de fonds de *private equity*, qui à leur tour contrôlent de nombreuses entreprises. Parmi celles-ci, Neste Chemicals, une entreprise finlandaise opérant dans le secteur des produits chimiques, et Arca Systems AB, une entreprise suédoise active dans les matières plastiques des systèmes de manutention. Dans le cas des acquisitions par des groupes de capital-risque, la Commission tient compte de toutes les autres sociétés du portefeuille contrôlées par le groupe dans son analyse de la concurrence JOCE, 9 juin 2000, Industri Kapital (Nordken)/Dyno, affaire M.1813.

<sup>53</sup>Selon le Règlement du CADE n° 17, du 18 octobre 2016.

<sup>54</sup>CADE, 17 mai 2013, Banco Indusval S.A., Affaire n. 08700.010975/2012-1. Formation d'une *Joint Venture* concentrationniste.

<sup>55</sup>Selon cet article, il y a coopération horizontale ou verticale ou un partage de risque qui engendre une relation d'interdépendance : I) quand les parties seront horizontalement associées dans l'objet du contrat dont la somme de leur participation dans le marché en cause affecté par le contrat est égal ou supérieur à 20% ou II) quand les parties seront verticalement associées dans l'objet du contrat, dès lors qu'au moins une des parties détiendra au minimum 30% des marchés en cause affectés par le contrat, à condition que soit remplie au moins une des conditions suivantes : a) le contrat établit le partage des profits et des pertes entre les parties ; b) le contrat établit une relation d'exclusivité (article 2, § 1).

notifications d'opérations qui ne seraient pas notifiées dans d'autres pays.

## B) Les seuils cumulatifs du chiffre d'affaires

**58.** L'obligation de notifier l'opération s'applique lorsqu'un des groupes concernés par l'opération a réalisé, dans le dernier bilan disponible précédant la demande de notification, au moins 750 millions de réais de chiffre d'affaires au Brésil, et lorsque l'autre groupe a réalisé au moins 75 millions de réais aussi au Brésil (approximativement 250 millions et 25 millions d'euros).<sup>56</sup> On note que ces deux critères sont cumulatifs. En droit de l'Union européenne et en droit français, le premier seuil, dit « seuil principal », est toujours calculé globalement, et la différence réside dans le rattachement géographique.

**59.** L'article 88 de la loi n° 12.529/11 a été intégré par l'article 4 du Règlement du CADE n° 2, de 2012. Selon le règlement il faut inclure dans la notion de groupe économique les entreprises qui sont sous contrôle commun - interne ou externe - et les entités dont au moins une des entreprises en cause est titulaire, directement ou indirectement, d'au moins 20% des droits de vote.<sup>57</sup>

**60.** L'Autorité brésilienne a exclu l'État du champ de la notion de groupe

---

<sup>56</sup>La loi 12.529/11 a rendu obligatoire la notification des opérations de concentration quand un des groupes concernés dans l'opération avait enregistré, dans le dernier bilan, les valeurs de 400 millions de réais de chiffre d'affaires et l'autre au moins 30 millions de réais. L'article 88, I et II §1 de la loi n° 12.529/11, autorise par arrêté conjoint des Ministres de l'Économie et de la Justice la modification des seuils. La mise en oeuvre de l'article 88 dès 2012 a eu pour effet de porter les seuils de chiffre d'affaires annuel brut à 750 millions de réais et 75 millions de réais.

Arrêté interministériel n° 994, du 30 mai 2012. « Le Gouvernement a élevé à 750 millions de réais et 75 millions de réais les seuils de chiffre d'affaires réalisé au Brésil par les entreprises en cause, qui devront soumettre les opérations de fusion et d'acquisition au Conseil Administratif de Défense Économique (CADE) ». Ainsi, les fusions d'entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 750 millions de réais pour la plus grande entreprise et supérieur à 75 millions de réais pour la plus petite entreprise seront analysées par le collège. Les seuils précédents (1994) étaient de 400 et 30 millions de réais. « C'est bien, parce que le CADE ne va pas perdre de temps à analyser des achats de poulaillers », commente le sénateur Francisco Dornelles (PP-RJ), qui a été le rapporteur de la Loi qui a reformulé le CADE. Disponible à l'url : <http://www.estadao.com.br/noticias/> (accédé en janvier 2013).

<sup>57</sup>Article 4, du Règlement du CADE n° 2, 2012.

économique, en raison de l'absence d'exercice direct de l'activité économique au sens strict.<sup>58</sup> Cependant, elle inclut dans le groupe économique les gestionnaires de fonds d'investissements, nonobstant l'absence de contrôle.<sup>59</sup>

## § 2<sup>ÈME</sup> – L'EXERCICE DU CONTRÔLE

**61.** La phase d'instruction par l'Autorité administrative est importante, car c'est à ce moment que toutes les données (arguments et documents relatifs à l'opération) sont présentées pour la première fois. C'est également à ce moment que les premières analyses sur la viabilité de la concentration sont opérées. Dans un système de contrôle préalable, les pratiques doivent être souples mais prévoir une grande interaction entre les parties. De plus, le contenu des échanges d'informations doit être exhaustif. Il s'agit d'une étape cruciale pour exercer une analyse efficace de l'opération.

Il convient d'étudier les changements apportés tant sur les aspects procéduraux (A) que substantiels (B).

A) La procédure d'instruction et l'unification du guichet

**62.** Sous la loi de 2011, le CADE continue à être attaché au Ministère de la Justice,

---

<sup>58</sup>CADE, 5 novembre 2012, Openfate Capital Group Europe Sarl, affaire 08700.008382/2012-86. Tesserderlo Chemi NV et d'autres entreprises appartenaient à Tesserderlo. 26,6% des actions de Tesserderlo appartenaient à la société SNPE, contrôlée par l'Etat français. Le CADE a compris que le contrôle atteignait seulement les agents économiques qui opéraient dans la chaîne économique, et qu'il ne fallait pas considérer le chiffre d'affaires de toutes les entreprises contrôlées par l'État français.

<sup>59</sup>Règlement du CADE n° 2, 2012, article 4, II, § 2. CADE, 4 février 2013, IFC, Affaire n. 08700.008570/2012-12. L'IFC est une organisation internationale constituée par le biais d'un accord constitutif signé par les États membres. Le CADE a décidé que les organismes internationaux qui opèrent dans l'exploitation de l'activité économique devaient se soumettre à son analyse.

malgré la division existante en son sein entre deux structures : la Surintendance Générale (SG) et le Tribunal Administratif. Tous les membres sont nommés par le Président de la République, sur avis du Sénat. Ils ont un mandat (de 4 ans, non renouvelable pour les membres du Tribunal ; et de 2 ans, renouvelable pour le Surintendant). Les mandats ne sont pas révocables, sauf dans les cas strictement définis.<sup>60</sup>

**63.** La Surintendance, dirigée par un Surintendant, est en charge de l'instruction des opérations de concentration. Elle décide aussi des affaires les plus simples. Le Tribunal n'est saisi que pour les opérations complexes. Une opération est qualifiée de complexe lorsqu'elle nécessite des conditions, même s'il y a un accord possible entre le CADE et les parties concernées, ou peut être interdite.

**64.** Le Tribunal, comme en 1994, est constitué de sept membres : un président et six commissaires. La loi a prévu le Département d'Études Économiques, responsable de l'élaboration d'études et de rapports économiques relatifs aux affaires instruites. Le Service juridique est responsable des avis juridiques et de la défense des actes et décisions du CADE dans les recours formés auprès du juge. D'ailleurs, le Service juridique s'occupait déjà de la défense des décisions du CADE devant le juge, dans le système de 1994.

**65.** La notification est obligatoire avant la réalisation de l'opération, à l'exception de quelques dérogations. Les effets de l'opération au Brésil sont suspendus, jusqu'à l'autorisation délivrée par l'Autorité de concurrence (voir l'article 88, § 4 de la loi 12.529/11). Afin de faciliter la connaissance des entreprises sur les pratiques interdites, le CADE a préparé « le Guide sur la réalisation des opérations », qui cherche à établir des paramètres pour éviter le « *gun jumping* ». Selon le guide brésilien, trois aspects sont importants pour vérifier que l'opération est suspendue : il est nécessaire (i) d'interdire l'échange d'informations ; (ii) de prévoir des clauses contractuelles pour maintenir l'indépendance des entreprises ; et (iii) de discipliner les activités pendant l'analyse de l'autorité. En ce qui concerne l'échange d'informations, celles qui ne sont pas agrégées, qui concernent les activités cibles des entreprises, comme les coûts, la capacité, la stratégie de marketing, la

---

<sup>60</sup> Voir les articles 7 et 12 de la loi 12.529/11

formation des prix, la liste de clients, les salaires, peuvent caractériser le *gum jumping*. Il est aussi important, dans le cadre des clauses contractuelles, d'empêcher le paiement anticipé des obligations, intégral ou partiel, ou même de faire jouer des clauses de non-concurrence. Enfin, vis-à-vis des activités, l'exercice de droits de vote sur des projets conjoints, ou pour bloquer des investissements prévus, sont des exemples considérés comme problématiques par l'autorité. En cas de nécessité dûment motivée, les parties concernées peuvent demander une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou d'une partie de l'opération. La décision provisoire ne préjuge toutefois en rien de la décision finale, parce que la décision administrative pourra imposer des mesures correctrices, voire même interdire l'opération, si celle-ci porte atteinte à la concurrence (Article 59, § 1 de la Loi 12.529/11).

**66.** Les entreprises concernées par l'opération peuvent, mais cela reste une simple faculté, faire démarrer le processus d'autorisation de l'opération par une phase de « pré-notification »<sup>61</sup>. Cette phase, confidentielle, a pour objectif de permettre aux entreprises d'échanger de manière informelle sur l'opération envisagée avec l'Autorité, sur la base d'études économiques. La phase suivante, dite de « notification », marque le vrai démarrage de la procédure administrative de contrôle. Elle se matérialise concrètement par l'envoi d'un document formel rempli par les entreprises concernées, qui peuvent s'aider de lignes directrices érigées par l'Autorité à cet effet. Comme sous la loi de 1994, on parle d'un engagement ferme, c'est-à-dire que les entreprises doivent s'engager à procéder à la concentration dans le cas où elle serait acceptée, et doivent en apporter la preuve. Les parties doivent indiquer la dénomination des entreprises concernées par la concentration, ainsi que l'objet et les modalités de mise en œuvre de l'opération envisagée, le périmètre de la concentration et le calendrier prévisionnel.<sup>62</sup> Ainsi, si une opération de concentration a été

---

<sup>61</sup>L'Autorité s'est engagée (comme cela se passe en France) dans ses lignes directrices « à échanger avec les parties, dès le stade de la pré-notification, y compris sur les études économiques, ce qui peut faire gagner du temps lors de l'instruction ultérieure du projet de concentration lorsqu'il sera déposé selon la procédure en vigueur ». Pour la France, voir M B. LASSERE, « Trois ans de contrôle des concentrations par l'Autorité de la concurrence: bilan et perspectives », *Revue Concurrences*, n° 3, 2012, p. 47-54.

Pour le Brésil, voir le règlement du CADE, Article 114. Les parties à l'opération de concentration pourront entrer en contact avec la Surintendance Générale avant la notification de l'opération, dans le but d'éclairer d'éventuels doutes sur la décision à adopter, à partir du moment où l'opération ne remplit pas les critères de la procédure simplifiée. Ces critères sont énumérés dans la Résolution n° 2 du CADE.

<sup>62</sup>Article 108 § 1, Règlement n° 1, du 29 mai 2012, « Règlement interne » du CADE.

réalisée sans avoir été notifiée préalablement à l’Autorité administrative de la concurrence, ou si elle a été réalisée après notification mais sans attendre l’obtention de l’approbation formelle de l’Autorité, les entreprises concernées s’exposeront à une amende (i) ainsi qu’à la nullité de l’opération en cause (ii).<sup>63</sup>

**67.** Au Brésil, il n’existe pas une division claire des phases d’examen, comme en France ou en droit de l’Union européenne avec la phase 1 qui précède la phase 2 d’examen de l’opération. Au Brésil, tous ceux qui sont chargés de l’analyse auront un délai maximal de 240 jours pour analyser l’opération, sans possibilité d’interruption. Toutefois, le délai pourra être prolongé de 60 jours, à la demande des parties concernées, ou jusqu’à 90 jours, par une décision motivée de l’Autorité.<sup>64</sup> Le délai est partagé entre la Surintendance et le Tribunal de manière informelle, en observant les caractéristiques de chaque opération. Si le délai est franchi sans que la décision soit rendue par le CADE, l’opération est automatiquement autorisée.

**68.** Dans les opérations les plus simples, la Surintendance essaie d’être rapide pour ne pas retarder la réalisation d’une opération sans impact concurrentiel majeur.<sup>65</sup> Les

---

<sup>63</sup> L’Autorité enjoint sous astreinte aux parties de notifier l’opération, à moins de revenir à l’état antérieur à la concentration. Selon la loi brésilienne, les amendes peuvent varier entre 60.000 reals (environ 17.000 euros) et 60 millions de reals (17 millions d’euros). Le guide brésilien donne quelques lignes directrices pour appliquer les amendes. Tout d’abord, on doit voir si la réalisation a eu lieu avant ou après la notification de l’opération. On observe ensuite les risques pour le marché du fait de la réalisation de l’opération, en fonction du degré de concentration du marché et du pouvoir de marché des firmes. Il faut aussi regarder la durée de temps écoulé depuis la réalisation de l’opération : si on parle d’une réalisation qui est ancienne et qui produit encore des effets sur le marché, il faut en tenir compte pour la fixation de l’amende. Le profit généré pour les parties doit être pris en compte pour déterminer le montant de l’amende alors même que les parties étaient de bonne foi. Un aspect qui est très important au moment de fixer l’amende est la taille des entreprises concernées, mesurée par leur puissance économique (article 45, inc. V, loi 12.529/2011, article 112 §1 du RiCADE, Guide brésilien).

<sup>64</sup> Si le délai s’écoule sans qu’il n’y ait de décision finale du CADE, l’opération sera considérée comme automatiquement approuvée (article 88 §§ 2 et 9 de la loi 12.529/11). Au Brésil, il n’existe pas de possibilité de suspension du délai (*stop the clock*) pour obtenir plus d’informations.

<sup>65</sup> « Après seulement 48 jours d’analyse, le CADE a donné son aval et a autorisé l’association des établissements de crédits entre Itaú Unibanco et Banco BMG pour la création d’une institution financière destinée au crédit déductible sur le bénéfice. La *joint-venture* aura un capital initial de 1 milliard de reals, dont 70% sera apporté par Itaú et 30% par BMG ». L’opération a été la première affaire complexe analysée par la Surintendance Générale du CADE depuis l’entrée en vigueur de la nouvelle loi de défense de la concurrence. Jusqu’à 2014, la Surintendance ne jugeait que des cas très simples, qui mettaient moins de 17 jours pour être tranchés. L’avocate d’Itaú Unibanco, Barbara Rosenberg, a souligné la rapidité de l’analyse du CADE : « Le CADE essaie toujours d’être le plus rapide possible et sait que ses décisions peuvent avoir un impact sur l’affaire analysée ». Pour satisfaire aux exigences de rapidité de la justice, la nouvelle loi prévoit la remise d’un formulaire plus complexe

opérations impliquant environ 20% du marché pertinent sont considérées comme compatibles.<sup>66</sup> C'est au niveau de la Surintendance qu'on trouve la plus grande quantité d'opérations et de décisions car elle cumule les fonctions d'instruction et de décision. Les cas les plus simples représentent plus de 90% des opérations autorisées par l'Autorité.<sup>67</sup> Après une décision d'autorisation de la Surintendance, un délai d'attente de 15 jours est nécessaire avant la réalisation de l'opération. Pendant ce délai, un Commissaire du Tribunal peut évoquer la décision où un tiers intéressé peut former un recours. Passé ce délai, l'opération peut être réalisée.<sup>68</sup>

**69.** Si les informations fournies ne sont pas suffisantes pour prendre une décision, la Surintendance va demander une instruction complémentaire.<sup>69</sup> Elle peut aussi consulter les services économiques ou juridiques du CADE, qui pourront proposer un avis.<sup>70</sup>

**70.** Si les opérations exigent des conditions pour être autorisées, la Surintendance doit signaler au Tribunal l'exigence de la modification structurelle ou comportementale requise (article 13, XII). Cela correspond au rôle du service des concentrations en France, qui intervient dans les cas de phase 1. En France, même en phase 1, des engagements peuvent être admis, et le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements en fonction des atteintes à la concurrence que l'opération est susceptible de provoquer. C'est le

---

avec des informations sur l'affaire. Avec le changement de législation, certains avocats avaient critiqué le volume élevé de données sollicitées par le CADE. Selon Barbara Rosenberg, ce travail préalable a pourtant été fructueux. Disponible à l'url : [www.estadão.com.br](http://www.estadão.com.br) (octobre 2014).

<sup>66</sup>Au Brésil, le seuil utilisé est de 20% de part de marché. C'est le même pourcentage que celui utilisé pour caractériser le « pouvoir de marché ». Il convient toutefois de souligner que l'analyse tend à être casuistique et les opérations qui atteignent des seuils supérieurs peuvent être considérées comme approuvées. Dans ce sens, voir CADE, 17 avril 2013, Pão de Açúcar, Ponto Frio et Casa Bahia, Affaire n. 08012.010473/2009.34. Le CADE avait approuvé l'union entre Pão de Açúcar, Ponto Frio et Casas Bahia (réseaux de détaillants de biens durables). Concrètement, il s'est produit une fusion de magasins concurrents – qui avait pour conséquence de sur-concentrer le marché – dans 177 villes. Dans 166 communes, le groupe avait une part de marché supérieure à 20%. Dans 117 villes, la participation a dépassé 40%. Des effets anticoncurrentiels ont été identifiés dans 54 des 117 communes. Il s'agit de villes où le degré de concentration du marché est très élevé, en général au-dessus de 60% ou autour de ce seuil de référence. L'approbation a été conditionnée à la vente d'actifs, de manière à redescendre en-dessous de 60% de parts de marché dans toutes les villes en cause.

<sup>67</sup> Rapport annuel 2016 disponible sur [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) (janvier 2017).

<sup>68</sup>Article 65, de la loi 12.529/11.

<sup>69</sup>Article 11, du Règlement (CE) n.139/2004 ; article 450-3 du Code de Commerce ; arts. 54, 55, 65, II de la loi 12.529/11.

<sup>70</sup> Article 15, I, et article 17 de la loi 12.529/11..

Président ou un vice président qui prend les décisions.

**71.** Dès l'arrivée au Tribunal, les opérations non encore autorisées sont assignées à un Commissaire (qui peut être le même que celui qui a évoqué l'opération, comme on a observé ci-dessus), qui décidera immédiatement de l'issue de l'opération, ou l'instruira de manière plus poussée (article 59, loi 12.529/11).

**72.** L'étape suivante consistera pour le Commissaire rapporteur à présenter son avis aux autres Commissaires, et le Tribunal se prononcera sur l'autorisation ou non de l'opération. C'est dans cette phase que les engagements sont négociés ou que les décisions unilatérales imposant des conditions peuvent avoir lieu. En tout cas, la prise de décision exige une séance publique, comme cela était déjà prévu dans la loi de 1994, ce qui permet la participation des avocats et de d'autres experts pour soutenir ou, à l'inverse, contester l'opération.

## B) Le test d'évaluation

**73.** Dans la mesure où le Brésil tient à observer les avis de l'OCDE, l'organisation indique que les autorités de concurrence doivent renforcer et instaurer un environnement favorable à la concurrence. « D'une manière générale, les objectifs de la politique de la concurrence consistent à favoriser la concurrence et l'innovation sur les marchés, avec les conséquences bénéfiques que cela peut avoir sur les prix, le bien-être, et la croissance économique »<sup>71</sup>.

**74.** Au Brésil, selon l'article 88, § 5 de la loi de 2011 seront interdites les opérations qui pourraient : i) éliminer la concurrence dans une partie relevant du marché pertinent (atteinte substantielle à la concurrence) ; et ii) créer ou renforcer la position dominante ou

---

<sup>71</sup> OCDE, « Manuel pour l'évaluation de la concurrence », 2011, v. II, p. 17. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/46891475.pdf> (accédé en mai 2019).

même résulter à la domination du marché (l'examen de la position dominante).

**75.** Toutefois, comme dans la loi de 1994, les opérations qui pourraient être contraires à la concurrence peuvent bénéficier d'une exonération. De plus, la loi de 2011 ne parle plus de distribution équitative, mais de la prise en compte des intérêts des consommateurs. (art. 88, § 6, de la loi de 2011).

**76.** Le Guide du CADE sur les concentrations horizontales explique l'analyse classique qui suit les étapes habituelles : définition du marché pertinent, identification du degré de concentration, pour savoir si la nouvelle entité issue de l'opération va bénéficier d'un pouvoir de marché substantiel ; ensuite on va analyser la probabilité d'exercice du pouvoir de marché, en prenant en compte les barrières à l'entrée et la concurrence potentielle. Seront également pris en compte la puissance d'achat, et enfin les efficacités de l'opération. A cette fin, on peut s'appuyer sur les études économiques et juridiques.<sup>72</sup> Il s'agit d'un régime similaire à ce que l'on observe dans la pratique internationale.

**77.** Même s'il est possible de prendre des décisions d'interdiction, il est de plus en plus fréquent que les entreprises proposent une « automédication »<sup>73</sup>, c'est-à-dire des engagements. Au Brésil, les engagements sont des contrats, dans le sens d'une construction à l'amiable apparue pour le contrôle dès 2002, avec les APROs. Le juge des recours juridictionnels accepte souvent la solution sur laquelle un accord est intervenu entre le CADE et les parties concernées.

**78.** S'il n'y a pas de proposition d'engagements ou s'ils n'y arrivent pas à temps, l'article 61, §2 de la loi brésilienne précise des restrictions unilatérales qui peuvent être imposées par le CADE. Le CADE pourra alors imposer la vente d'actifs, la scission de société, le changement de contrôle évalué en termes de droits de vote ou la vente de droits de propriété intellectuelle. La liste des mesures possibles n'est cependant pas exhaustive, et il est possible d'exiger le respect d'autres mesures considérées comme nécessaires pour

---

<sup>72</sup> « Règlement du CADE », 2012, n. 2 et Guide brésilien guidelines pour les concentrations horizontales.

<sup>73</sup> L'expression est de B. LASSERRE, « Le rôle de l'autorité de concurrence en matière de détermination des remèdes et engagements concentrations », *Revue Concurrences*, n° 2, 2009, p.7. Article 61 de la loi 12.529/11.

éliminer l'impact anticoncurrentiel de l'opération. Quelle que soit la mesure, c'est le Tribunal Administratif qui en est à l'origine. Cette possibilité est analogue à ce qui est prévu en droit français, mais elle n'existe pas en droit de l'Union.

**79.** De manière générale, le système de la loi de 2011 rapproche sensiblement le droit brésilien du droit de l'Union et du droit français.

## CHAPITRE II – LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES CONCENTRATIONS

**80.** Les recours en contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil sont des recours en annulation de pleine juridiction. La décision juridictionnelle peut se substituer totalement à la décision administrative du CADE, aussi bien la décision au fond qu'une amende ou une astreinte. L'ampleur de la décision du juge au Brésil va au-delà de ce que prévoyait l'article 16 du Règlement n° 4064/89, pouvant supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée. Cette compétence habilite le juge à contrôler plus que la légalité de la sanction, c'est-à-dire substituer son appréciation à celle du CADE.<sup>74</sup>

**81.** Les juges, ainsi, peuvent autoriser une opération interdite, ou à la limite changer les conditions imposées pour l'autorisation d'une opération<sup>75</sup>, en raison de l'existence d'une « *violation des droits individuels* »<sup>76</sup>. Tous les actes du CADE, et non pas seulement les décisions finales dans l'examen d'une opération de concentration, peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.

**82.** Contrairement à la France, les juridictions au Brésil ne se divisent pas en deux grandes catégories : des juridictions judiciaires, qui tranchent les litiges entre des personnes privées ; et des juridictions administratives, qui jugent les affaires opposant l'administration aux administrés. Au Brésil, le juge qui tranche les litiges entre personnes privées est aussi celui en charge des recours contre tous les actes de l'administration, y compris les actes du CADE en contrôle des concentrations.

---

<sup>74</sup>À l'égard du rôle de la Cour Suprême brésilienne, le Ministre Barroso exprimait déjà en 2008 que : « L'idée de l'activisme judiciaire est associée à une participation plus ample et intense du Judiciaire dans la concrétisation des valeurs et des fins constitutionnelles, avec une plus grande interférence dans l'espace d'action des autres deux Pouvoirs ». C'est un trait marquant du paysage brésilien des dernières années. L. R. BARROSO, « *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática* », (Syn)Thesis, v. 5, 2012, p. 23-32.

<sup>75</sup>On vit aujourd'hui une ambiance de « gel général » dans le droit public brésilien, où des principes divers peuvent justifier différentes décisions. C. A. SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 60.

<sup>76</sup>Selon la doctrine classique, le contrôle judiciaire de l'acte administratif est limité, dans le cas concret, à la question de la légalité externe et interne de l'acte. Le juge Judiciaire ne peut pas décider au fond de l'acte administratif. De cette façon, la doctrine classique n'accepte pas que le pouvoir judiciaire s'initie dans la décision, pour juger de l'opportunité du contenu de la décision administrative.

Comprendre le système brésilien exige d'examiner l'objet du contrôle juridictionnel (§ 1<sup>ER</sup>) ainsi que les juges en charge du contrôle (§ 2<sup>ÈME</sup>).

## § 1<sup>ER</sup> – L'OBJET DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

**83.** Le système brésilien de contrôle juridictionnel est fondé sur la Constitution Fédérale, qui est la base utilisée par le juge pour interpréter et apprécier la légalité des décisions administratives. Les juges utilisent les outils usuels de l'analyse juridique autour des principes et des règles du droit brésilien.

**84.** Au Brésil, la jurisprudence des Cours de Justice admet l'examen par le juge sur le fond et sur la forme des décisions administratives pour relever des irrégularités.

**85.** La juridiction brésilienne, dans ce sens, est un peu différente de celle de l'Europe. Dans le droit de l'Union, le Tribunal ne peut pas substituer son appréciation à celle de la Commission<sup>77</sup>. Dans certains cas, la Cour de Justice exerce la technique de l'annulation partielle de l'acte, soit en amputant certaines parties de l'acte, soit en le privant de certains de ces effets en ne laissant subsister l'acte qu'en partie<sup>78</sup>. « Le contrôle du juge européen sur les décisions de la Commission, toutefois, est limité en matière de contrôle de concentrations aux aspects formels et procéduraux »<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup>« [...] De là découle le fait que le contrôle exercé par le juge communautaire sur les appréciations économiques complexes effectuées par la Commission dans l'exercice du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par le Règlement n°4064/89 doit se limiter à la vérification du respect des règles procédurales et du fondement, ainsi que de l'exactitude de la matière de fait, de l'inexistence d'erreur manifeste d'appréciation et de déviation de pouvoir. Plus spécifiquement, le juge communautaire ne peut pas substituer l'appréciation économique de la Commission par sa propre appréciation. » TPICE, 3 avril 2003, *Petrolescence et SG2R / Commission*, T-342/00.

<sup>78</sup>Voir l'article 229 TCE.

<sup>79</sup>CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel SA*, C-84/13 P.

L'objet de l'analyse du contrôle brésilien correspond à l'évaluation des actes divers (1<sup>ER</sup>), examinés en pleine juridiction (2<sup>ÈME</sup>).

#### A) L'évaluation des actes divers

**86.** Le contrôle devant le juge au Brésil présente des caractéristiques propres. Comme en France, le juge a besoin d'être saisi par les parties concernées ou des tiers. La saisine d'office pour ouvrir une procédure n'est pas admise car elle est contraire au principe de l'impartialité du juge.

**87.** La Constitution Fédérale établit que le requérant a intérêt à agir lorsqu'il a subi un « dommage ou une menace à un droit<sup>80</sup> ». Au Brésil, l'intérêt à agir repose en partie sur la violation, même potentielle, d'un droit substantiel qui ne peut être reconnu sans l'intervention du juge.

**88.** Au nom de la protection contre une menace de droit individuel, les juges ont admis de plus en plus largement les recours contre les mouvements procéduraux et même les décisions sans faire de griefs au fond de l'opération. Dans le droit brésilien, on peut former un recours, par exemple, contre les informations requises ou les avis du corps juridique et économique du Conseil. Or, ce sont des décisions qui en règle ne posent pas de contraintes aux entreprises et aux opérations. On n'a pas besoin d'attendre la fin de la procédure ni la décision au fond sur l'opération prise par le CADE. Cela réduit le champ des actes discrétionnaires du CADE. On se pose la question sur la répartition des compétences entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative.

---

<sup>80</sup>Article 5, XXV, de la Constitution Fédérale Brésilienne. Le Pouvoir Judiciaire a pleine juridiction ; il est l'unique Pouvoir capable de prononcer le droit avec force définitive (la Loi n'exclut pas l'appréciation du Pouvoir Judiciaire pour tout dommage ou menace à un droit).

**89.** La facilité avec laquelle ce droit est reconnu dépend des circonstances de l'affaire en cause : degré de complexité du dossier, objet, preuves plus ou moins avérées.<sup>81</sup>

**90.** La saisine facilitée est différente de ce qui se passe en France, où la soumission du contentieux contre la décision de l'Autorité de la Concurrence (AdIC) exige de démontrer l'existence du préjudice.<sup>82</sup> Il faut respecter les conditions de l'intérêt à agir.

**91.** Sous la base de cette saisine facilitée, le contrôle juridictionnel exerce la mission délicate de garantir le respect des objectifs du contrôle administratif des concentrations. À ce propos, traitant de l'exemple européen, Madame Sibony fait valoir que l'approche de l'Autorité administrative lors de son analyse pendant les procédures administratives est nécessairement différente de l'approche qu'aura le juge durant son contrôle juridictionnel de l'opération<sup>83</sup>.

## B) L'évaluation de pleine juridiction

**92.** La définition de la portée peut prêter à confusion car elle comprend tout à la fois le domaine d'application, l'objet et les effets. La définition retenue du terme « portée » est la capacité que présente l'examen à produire un effet. Cette définition est observée au Brésil quand on admet une évaluation juridictionnelle de pleine juridiction dans trois dimensions : la validité, l'interprétation, et l'efficacité des règles.

**93.** En contrôle de concentrations, on a eu quelques débats sur la validité concernant l'application des règles de la loi de 1994 et celles de 2011. De plus, la validité des règles est

---

<sup>81</sup> Voir dans ce sens STJ, 30 mars 2016, Milka Filvana Gonçalves Machado, Affaire n. 1.304.736/RS.

<sup>82</sup> Selon M. D. GERADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère postmodernisation », The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 06/05. Disponible sur : [https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/gclc\\_wp\\_06-05.pdf?file=1&type=node&id=8665&force=](https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/gclc_wp_06-05.pdf?file=1&type=node&id=8665&force=) (accédé en mai 2019), p. 18, le libéralisme de la jurisprudence en matière de « qualité pour agir » dans le contentieux de la concurrence doit être approuvé car il permet de garantir une protection juridictionnelle effective aux justiciables. Disponible à l'URL: <http://www.gclc.coleurop.be> (accédé en avril 2015).

<sup>83</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p.44.

aussi observée par rapport à d'autres règles appliquées, notamment vis-à-vis des aspects concernant les marchés dans les secteurs régulés.

**94.** Dès lors qu'on arrive à déterminer l'application de la loi de la concurrence, l'interprétation des règles est l'aspect le plus discuté dans le contrôle juridictionnel. Parmi les différentes possibilités, le juge exerce l'activité intellectuelle à la lumière des principes d'herméneutique, dans le but d'éliminer l'aléa dans les décisions administratives. Le contrôle a lieu sur des aspects juridiques mais aussi sur les aspects économiques, attachés au test d'évaluation et aux arguments mis en place pour autoriser ou interdire une opération nuisible à la concurrence.

**95.** Le juge en contrôle de concentrations doit être contrôlé à des techniques modernes de ceux qui plaident pour un élargissement du champ d'étude de la théorie du contrôle des concentrations. Le contrôle devra être, dès lors, de l'ensemble des actes et comportements portant examen et appréciation de l'action administrative. La légitimité du contrôle n'en demeure pas moins la seule limitation du pouvoir du CADE, mais aussi la légitimation de l'autorité administrative et la préservation du statut et du rôle social voulus pour l'administration.

**96.** Enfin, le juge va définir l'objectivité et la rationalité des règles concurrentielles. Il s'agit d'un contrôle d'efficacité. L'évolution positive du contrôle doit représenter une véritable garantie de stabilité, la sauvegarde d'une analyse préventive des opérations pour la réalisation de ses objectifs socio-économiques.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LES JUGES EN CHARGE DU CONTRÔLE

**97.** Selon l'article 106 de la Constitution, ce sont des institutions de la Justice

Fédérale, à savoir les Tribunaux Régionaux Fédéraux (TRFs)<sup>84</sup> et les Juges Fédéraux (JFs de 1<sup>er</sup> degré) qui sont en charge du contrôle juridictionnel :

Article 106. Les organes de la Justice fédérale sont :

I - les Tribunaux Fédéraux Régionaux;

II - les Juges Fédéraux.

**98.** La définition du juge est prévue dans l'article 109 de la Constitution.

Article 109. Il appartient aux juges fédéraux d'instruire le procès et de juger :

I - les causes dans lesquelles l'Union, un démembrement de l'Etat fédéral ou une entreprise publique fédérale sont impliqués en tant qu'auteurs, accusés, intervenants ou tiers opposants, à l'exception de celles ayant trait à des faillites, des accidents du travail et de celles qui relèvent de la Justice électorale et de la Justice du travail.

**99.** Cette organisation hiérarchique établit que les juges fédéraux (JF) devront juger originairement les recours formés contre les décisions du CADE, et les Tribunaux Régionaux Fédéraux (TRFs) les jugeront en appel. Cela correspond plus au moins à ce que l'on observe en Europe : les décisions de la Commission européenne sont portées en première instance devant le Tribunal de l'Union européenne (Trib. UE) et ensuite par le pourvoi devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Au Brésil, nous avons des autorités juridictionnelles supplémentaires, dans la mesure où le TRF juge en appel, et qu'il existe deux possibilités de pourvois devant des « Cours Supérieures ». On parle de compétences du Tribunal Supérieur de Justice (STJ) et de la Cour Suprême : le Tribunal Suprême Fédéral (STF).

**100.** Cette forme d'organisation du Brésil diffère de ce qui est envisagé en France, dont, « toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentration, la sanction de réalisations sans notification, d'omissions ou d'inexactitudes

---

<sup>84</sup>Article 106, de la Constitution Fédérale du Brésil.

dans la notification ou du non-respect d'engagements mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, relèvent du droit commun du contentieux administratif devant le Conseil d'État »<sup>85</sup>.

Même si les juges en charge du contrôle semblent être définis dans la Constitution, on voit qu'il y a des débats juridictionnels, notamment sur la compétence territoriale de la saisine initiale des juges fédéraux de 1<sup>ER</sup> degré (JF) (A), aussi bien en ce qui concerne le rôle des Cours d'appel que des pourvois dans la mise en place des recours en contrôle de concentrations (B).

#### A) La saisine initiale par des juges de 1<sup>ER</sup> degré

**101.** L'organisation juridictionnelle au Brésil a divisé les pays en cinq régions pour essayer de faciliter l'administration et la rapidité des jugements des recours. Chaque Région distribue aussi ses activités parmi les Sections Judiciaires. Les 27 États fédérés, incluant le District Fédéral, sont des Sections Judiciaires. Les États peuvent aussi avoir des divisions dans les Sections. A titre d'exemple, l'État de São Paulo, le plus important de la fédération brésilienne, possède 44 Sous-Sections. Et Chaque sous-section est partagée en chambres. Il existe au Brésil, au total, 976 Chambres, chacune avec au moins un juge. C'est ce juge fédéral mentionné dans l'article 106, II, de la Constitution qui exerce la compétence générale. Dès le moment de la saisine, ce juge fédéral devient aussi le juge du référé.

**102.** L'organisation juridictionnelle au Brésil doit être observée aussi en ce qui concerne d'autres aspects territoriaux. Le Code de Procédure Civile (CPC), discipline que la

---

<sup>85</sup>Le Conseil d'État est le juge suprême pour apprécier en premier et dernier ressort les recours dirigés contre les décisions prises par les Autorité publiques, y compris par l'Autorité de la concurrence (et celle du ministre prise dans le cadre de son pouvoir d'évocation), selon l'article R. 311-1 (4°) du Code de justice administrative. « [...] Il s'agit d'un contentieux contre un acte administratif (une autorisation délivrée par l'Autorité de la concurrence ou le Ministre de l'Économie), soit une décision prise dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique et dont l'annulation ou la réformation ne peut être confiée qu'au juge administratif en vertu d'un principe fondamental reconnu par les Lois de la République ». « Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », 2013, p.76.

compétence territoriale du juge des recours formés contre l'Union Fédérale et ses organes, peut être envisagé dans trois situations : la ville où se situent les intéressés qui forment les recours ; la ville où siègent les intéressés contre lesquels les recours sont formés ; et enfin la ville où les faits objet du recours se sont produits.<sup>86</sup>

**103.** Pendant un certain temps, la détermination de la compétence qui a prévalu disait que le fait du CADE de siéger à Brasília - capitale du District Fédéral - faisait que les recours devaient être formés devant la juridiction où se situe l'autorité brésilienne de la concurrence.<sup>87</sup> On ne retenait pas la compétence de la ville où se situent les intéressés qui formaient les recours, ou la ville où les faits objet du recours s'étaient produits. Cela diminuerait le nombre de juges potentiellement chargés de statuer. Une telle ambiance aurait facilité la formation d'une jurisprudence sur les principaux sujets du contrôle.

**104.** En 2014, toutefois, l'interprétation de l'article 109, § 2, de la Constitution Fédérale de 1988 par la Cour Suprême a donné compétence des recours contre le CADE à toute la Justice Fédérale du pays. Pour la Cour Suprême, celui qui forme le recours pouvait choisir de le former dans son domicile ou dans celui du CADE. Et même sur le site où l'affaire concurrentielle a eu lieu.<sup>88</sup> Il s'agit d'une alternative pour faciliter la saisine juridictionnelle. Ce genre de situation indique que même la définition du juge de 1<sup>ER</sup> degré compétent pour trancher les affaires en contrôle de concentration n'est pas une chose simple au Brésil.

**105.** À présent, le débat sur la compétence territoriale pour trancher les recours formés contre le CADE semble avoir évolué. Dès la décision de 2014 de la Cour Suprême, le CADE essaie d'indiquer les problèmes pour la jurisprudence et pour la cohérence de la politique de concurrence. Ainsi, après une longue réflexion subjective, en 2017 la Justice Fédérale a accepté d'établir au moins des chambres spécialisées en droit de la concurrence dans chacune

---

<sup>86</sup> Art 51, du Nouveau Code de Procédure Civile du Brésil- NCPC- (2015), ancien article 98 du Code de Procédure Civile-CPC (1973).

<sup>87</sup>STJ, 6 novembre 2012, CADE/Santos Brasil S/A, Affaire n. 1208887/SP.

<sup>88</sup>STF, 20 août 2014, DELTA/CADE, Affaire n. 627709. Voir aussi l'article 51 du Code des Procédures Civiles.

des cinq régions du Brésil.<sup>89</sup> Cela n'a eu lieu qu'après plusieurs débats, y compris un séminaire qui a eu lieu en 2015, à la Justice Fédérale. Pour tous les participants du séminaire, en incluant des représentants de l'OCDE qui sont venus apporter l'expérience étrangère, l'option des chambres spécialisées ou même d'un Tribunal propre pour le droit de la concurrence doit apporter des décisions plus techniques dans les recours judiciaires.<sup>90</sup> L'autorisation pour établir des chambres spécialisées a besoin encore d'être mise en place par les organes administratifs judiciaires de la Justice Fédérale.

**106.** Ce qu'on doit retenir est qu'aujourd'hui, on peut former les recours dans les cinq régions du pays, sous la base de la décision du STF. Il va falloir que la Justice Fédérale puisse créer des chambres spécialisées en droit de la concurrence, et aussi recruter les juges par leur spécialité en droit de la concurrence. Toutefois, on n'a pas beaucoup de juges avec ce genre de spécialisation. Et il y a toujours un grand problème pour former une jurisprudence et avoir des décisions rendues avec une qualité technique.

## B) La voie des recours auprès des Cours de Justice

**107.** À la suite des décisions des juges fédéraux, même les décisions intermédiaires sans la clôture de l'affaire, peuvent être déferées en appel devant les Cours Régionales Fédérales (TRFs), qui statuent de manière collégiale. Leurs juges sont réunis en chambres, et chaque Cour peut se répartir en interne sur l'ensemble des dossiers de façon discrétionnaire. En règle, l'appel des décisions définitives a un effet suspensif<sup>91</sup>, alors que l'appel des décisions intermédiaires n'a pas cet effet. Dans les cas de demande des intéressés, l'effet

---

<sup>89</sup> Procédure administrative de la Justice Fédérale n° CJFPPP2016/00010.

<sup>90</sup> G. ARAUJO, « Aspecto estrutural: varas especializadas ou competência originária de Tribunais. Qual a melhor solução para o Brasil », Seminário os desafios da judicialização da defesa da concorrência, da regulação e do comércio internacional, Conselho Justiça Federal, 2017. Disponible sur : <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-os-desafios-da-judicializacao-da-defesa-da-concorrenca-da-regulacao-e-do-comercio-internacional/@@download/arquivo> (accédé en mai 2019).

<sup>91</sup> Voir l'article 1020 du NCPC, qui reprend la règle générale prévue dans l'ancien Code de Procédure Civile du Brésil.

suspensif des décisions intermédiaires peut être déféré par le juge rapporteur au Tribunal.

**108.** Le Tribunal peut, en appel, annuler ou même renverser la décision du juge de 1<sup>ER</sup> degré. Les TRFs auront le dernier mot en ce qui concerne les faits controversés dans les recours formés.

**109.** Contre les décisions du TRF, il est encore possible de faire un pourvoi devant le Tribunal Supérieur de Justice (STJ), qui statue uniquement en droit. Ces recours n'ont pas un effet suspensif. Le STJ est le juge gardien de l'interprétation des lois fédérales. Si un débat se présente sur une méthode de test de droit de la concurrence par exemple, il sera chargé de définir à bon droit la règle définitive qui en découle. De plus, il est chargé de trancher les distorsions entre deux positions de TRFs sur une même règle de droit.

**110.** Par la suite, les décisions du STJ seront susceptibles en dernier lieu d'un recours devant le Tribunal Suprême Fédéral (STF), pour toutes les questions de conformité des règles de droit appliquées avec la Constitution. Ces recours n'ont pas non plus d'effet suspensif.

**111.** Les possibilités d'appel et de pouvoirs font du contrôle juridictionnel au Brésil un procès qui dure des années, sans que l'on puisse avoir jusqu'à présent un soutien ou complément qualitatif pour le contrôle administratif existant. La seule possibilité de recours formés en quatre instances de juridiction atteste du calvaire qui doit être parcouru par les intéressés et le CADE en attendant une décision définitive.

## **PREMIÈRE PARTIE : LA PROCÉDURE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL**

**112.** La possibilité de saisine du contrôle juridictionnel au Brésil peut s'effectuer moyennant une procédure, comme c'est le cas dans d'autres pays. Avant tout procès, les parties concernées doivent être à jour avec les exigences et principales étapes.

**113.** En ce qui concerne l'aspect procédural du contrôle, on utilise majoritairement les règles du Code de Procédure Civile (CPC), sauf quand on a des règles spéciales propres au droit de la concurrence.<sup>92</sup> Ce sont des règles générales de procédure qui doivent préserver l'équilibre des droits des parties.

En ce qui concerne la procédure du contrôle brésilien, on devra connaître la recevabilité des recours (Titre I), puis les types de procédures prévues (Titre II).

---

<sup>92</sup>Il s'agit de règles prévues dans le Titre VIII de la loi n° 12.529/11, « De l'exécution judiciaire des décisions du CADE ». Ces règles concernant l'exécution prévoient des dépôts de garanties financières qui interviennent comme preuves de fonds suffisants en cas de confirmation de l'amende par le juge. D'autres règles d'exécution ont trait à la priorité de jugement, l'intervention judiciaire dans l'entreprise qui n'observerait pas le respect de la décision administrative.

## **TITRE I : LA RECEVABILITÉ DE LA PROCÉDURE**

**114.** Pour être recevable, le recours doit remplir certaines conditions. Avant de s'interroger comment juger, il faut se demander s'il faut juger. La compétence du juge et ses conditions de jugement ; la délimitation de l'objet aussi bien que les sujets concernés. Cela détermine les contours de la décision future.

**115.** La définition du juge fait partie de la structure des compétences juridictionnelles. Au Brésil, les compétences du juge de 1<sup>ER</sup> degré et des Cours, d'appel et de pouvoir, sont prévues dans la Constitution Fédérale et dans le Code de Procédure Civile.

**116.** L'acte administratif attaqué est « l'aspect objectif » des recours en droit brésilien, et correspond aux actes attaquables en France : sont susceptibles de recours non seulement les décisions de contrôle de concentrations, mais également tout type d'actes d'instruction ou des décisions intermédiaires intervenus au cours de la procédure. On peut demander la nullité d'un acte ou d'une décision, l'autorisation d'une opération et même la modification de la décision administrative.

**117.** La capacité d'agir en justice au droit brésilien, qui correspond au concept « d'élément subjectif », est accordée aux personnes physiques et aux personnes morales, aux sociétés régulièrement et irrégulièrement constituées, ainsi qu'aux organes publics (comme le Parquet) qui peuvent former un recours, à condition de prouver leur intérêt juridique.

Ces constats posés, on devra observer les actes qui sont susceptibles de recours dans le cadre du contrôle juridictionnel des décisions du CADE (Chapitre I). Enfin, on doit faire face aux intéressés de l'opération. Ils sont directement affectés par la décision et peuvent saisir le juge s'ils respectent les particularités qui résident dans ce contrôle juridictionnel des concentrations, tout particulièrement en ce qui concerne la qualité à agir des tiers (Chapitre II).

## CHAPITRE I – LES ACTES ATTAQUABLES

**118.** La grande majorité des recours brésiliens étudiés fait référence au système de contrôle *a posteriori* (Loi 8.884/94)<sup>93</sup>, tandis que les affaires du droit de l'Union ou les affaires françaises mentionnées traitent du système de contrôle *a priori*. Cette différence, toutefois, n'impacte en rien l'analyse de l'inspiration européenne qu'on cherche à présenter pour le droit brésilien, notamment pour réfléchir sur l'avenir du contrôle au Brésil. Les constatations procédurales et de fond s'appliquent à la nouvelle loi de 2011.

**119.** En premier lieu, on soutient que l'analyse par le juge des actes prononcés par le CADE est constructive au moins sous deux angles : elle renforce la légitimité de l'autorité administrative en charge du contrôle, notamment lorsqu'après un examen du juge ces actes sont confirmés ; et quand les décisions sont annulées, cela permet qu'une certaine illégalité ou erreur ne puisse être reproduite dans les affaires futures.<sup>94</sup> Le contrôle juridictionnel exerce, de cette façon, une pression sur l'autorité administrative en faveur d'une prise de décision conforme aux faits et droit en vigueur.

**120.** Il n'est pas nécessaire d'attendre la fin d'une procédure pour former un recours. L'accès au juge comme un droit fondamental fait que les conditions formelles de recevabilité des recours sont moins importantes. Ainsi, on n'a pas un jugement rigoureux de recevabilité, malgré le fait que la grande majorité des recours formés n'est pas considérée comme des droits violés.<sup>95</sup>

Il serait possible d'identifier et de classer les recours qui concernent des décisions du CADE en deux types : les décisions administratives finales, créatrices de droit pour les intéressés, naturellement susceptibles de recours aussi bien en France qu'au Brésil (Section

---

<sup>93</sup> La grande majorité des affaires de concentration faisant l'objet d'un recours judiciaire est régie par la loi de 1994 qui ne prévoyait qu'un contrôle *ex-post*. Les affaires soumises à la nouvelle loi de la concurrence entrée en vigueur que récemment n'ont fait l'objet que de très peu de recours jusqu'à présent.

<sup>94</sup> Voir CJCE, 6 mars 1979, Simmenthal / Commission, C-92/78, Rec. p. 777, point 32, CJCE, Akzo / Commission, précité, point 21, et CJCE, 26 avril 1988, Apesco / Commission, C-207/86, Rec. p. 2151, point 16, Rec ; TPICE, 25 mars 1999, Gencor / Commission, T-102/96.

<sup>95</sup> M. NOVELINO, *Direito Constitucional*, São Paulo, Método, 2012, p. 581.

D)<sup>96</sup>, et les actes accessoires faisant grief de l'autorité administrative, alors même que dans l'Union Européenne, à l'inverse du droit brésilien, ils ont l'habitude d'être frappés d'irrecevabilité (Section II).

## **Section I – La décision finale du Cade**

**121.** Les recours contre les décisions finales du CADE sont les cas les plus courants des recours juridictionnels formés. Ces actes sont jugés trop importants pour être dignes des recours contentieux. Selon la loi brésilienne, dès que le CADE prononce sa décision finale, cette décision a force exécutoire auprès des entreprises concernées. Face à ce type d'actes, le débat sur la possibilité de les déférer ou non devant le juge n'est pas discutée.

Observant les décisions déjà menées au sein de l'Autorité, il est possible d'identifier des recours contre les manifestations unilatérales de l'autorité de concurrence (§ 1<sup>ER</sup>), et contre les décisions prises sous réserve d'engagements, qui au Brésil sont des accords, signés entre l'autorité et les parties concernées, afin d'autoriser l'opération (§ 2<sup>ÈME</sup>).

### **§ 1<sup>ER</sup> – LES RESTRICTIONS UNILATÉRALES AUX OPÉRATIONS APPORTÉES PAR LE CADE**

**122.** Les actes ou décisions unilatérales sont ceux pris par le CADE sans requérir le consentement des intéressés. Ainsi, si l'Autorité de la Concurrence n'envisage pas la coopération des entreprises durant l'examen de la procédure, elle peut prononcer ce qu'on

---

<sup>96</sup>CJCE, 13 juin 1991, Sunzest, C-50/90.

appelle une décision unilatérale. Ces actes sont l'instrument par excellence de l'action administrative et obligent les administrés à se conformer à l'acte, même s'ils l'estiment contestable. Au Brésil ces décisions ont aussi la présomption de légalité.

Les décisions unilatérales au Brésil ont eu lieu aussi bien dans les concentrations horizontales, dans le cadre de décisions qui apportent des conditions structurales pour l'autorisation des opérations (A), que dans les intégrations verticales (B). Les intégrations verticales sont plus rares, mais on a vu les entreprises former des recours au Brésil contre ces décisions.

#### A) Les restrictions dans les concentrations horizontales

**123.** Dès le régime de la loi de 1994, si le CADE observait, après l'instruction et l'examen de l'opération, qu'elle pouvait être autorisée avec l'accomplissement de quelques conditions, la décision rendue prenait la forme d'un acte unilatéral. Le CADE, surtout dans les premières années de la loi de 1994, n'envisageait pas une relation coopérative avec les entreprises pour prononcer une décision. L'idée d'exercice d'un « pouvoir de police » était présente et les décisions du CADE en contrôle des concentrations étaient rendues sans la participation des intéressés.

**124.** La plus grande quantité des opérations autorisées sous l'imposition des conditions concerne des concentrations horizontales que les entreprises concernées accomplissent volontairement, sans contestation devant le juge. Même si les entreprises ne participaient pas à la solution présentée par le CADE, elles ne formaient pas de recours car, généralement, les conditions étaient accessoires et les opérations étaient déjà réalisées. Il n'était pas convenable de saisir le juge pour contester des petites modifications imposées.

**125.** Quand les impositions devenaient plus contraignantes, comme changer substantiellement les contrats signés entre les parties ou lorsque l'impact financier de la décision sur l'opération était significatif, les entreprises formaient les recours contre la

décision du CADE. Ces recours se limitaient à la modification (condition) exigée par le CADE. On veut souligner l'exigence des modifications de certaines clauses contractuelles telles que la clause d'exclusivité ; la clause de non-concurrence, ou bien l'obligation d'aliéner des actifs pour que l'opération puisse être considérée conforme.

**126.** Par rapport aux clauses contractuelles, on peut citer l'affaire Dufry/Duty Free, de 2007. Il s'agissait d'une concentration horizontale, de dimension internationale, dans laquelle la Dufry avait acheté l'entreprise Duty Free. Les deux entreprises concurrentes étaient présentes dans le marché des aéroports. Les sociétés disputaient essentiellement au Brésil les marchés publics pour obtenir les concessions pour la vente de produits. Le CADE n'a pas observé un problème concurrentiel dans l'opération, et l'a autorisé. L'autorisation, toutefois, a exigé la diminution du délai de la clause de non concurrence. Le CADE a considéré qu'il n'y avait aucune raison de déroger au délai légal prévu par le Code Civil du pays qui prévoit une durée temporaire de la clause de non-concurrence de cinq ans ; d'autant plus qu'on aurait des marchés publics 6 ans après la réalisation de l'opération, et que cette clause pouvait fausser la concurrence.<sup>97</sup> Dufry a formé un recours contre cette restriction. La durée de la clause de non-concurrence qui a été prévue originellement dans le contrat était de 10 ans.

**127.** Concernant l'aliénation d'entreprises ou d'actifs qui peuvent être considérés comme une partie de l'opération, l'affaire Bompreço de 2008 a eu trait à l'acquisition de magasins d'un supermarché local afin d'élargir le réseau Bompreço au Nord-Est du Brésil. L'opération a été autorisée mais aux conditions d'aliéner un de ces magasins objet de l'opération à un tiers.<sup>98</sup> L'entreprise a formé un recours contre cette décision unilatérale, l'obligeant à se séparer d'un de ces actifs immobiliers.

**128.** L'exigence de restrictions pour autoriser une opération fait partie de l'examen des concentrations en Europe. La jurisprudence de l'Union européenne indique que la décision par laquelle la concentration est déclarée compatible couvre les restrictions liées et

---

<sup>97</sup>JFDF, 29 janvier 2010, Dufry do Brasil e Duty Free Shop Ltda, Affaire n. 2007.34.00.023937-4.

<sup>98</sup>JFDF, 1 juillet 2013, Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda, Affaire n. 2008.34.00.014363-2.

nécessaires à la réalisation de la décision.<sup>99</sup>

**129.** Au Brésil, on s'aperçoit que l'observance de la « nécessité » de restrictions était moins importante. L'exigence du CADE était une sorte d'exercice du « pouvoir de police », dans le but de faire valoir la compétence d'une autorité dans les premiers moments. Pour les entreprises, en revanche, étant donné le bas coût pour former le recours et la possibilité de ne pas être obligé de les accomplir, cela valait la peine de former les recours devant le juge brésilien.

## B) Les restrictions dans les intégrations verticales

**130.** L'intégration verticale figure parmi les modes de propriété et de contrôle qui a permis au CADE de conclure à l'existence de problèmes concurrentiels dans les opérations au Brésil. L'intégration permet à l'entité issue de l'opération de multiplier la puissance de marché. Ceci peut avoir pour effet d'exclure les concurrents, en éliminant ainsi la concurrence sur ces marchés, et en ayant au bout du compte une incidence négative sur la qualité des produits, sur le service, et sur les prix appliqués aux consommateurs. Le regroupement des activités a entraîné la création de positions dominantes déclarées incompatibles avec le droit brésilien.

**131.** D'une manière générale, on n'a pas un grand nombre d'affaires concernant des restrictions verticales. Mais il y a tout de même un exemple d'un recours juridictionnel que l'on voudrait souligner.

**132.** Dans l'affaire GNL/Gemini de 2007, la Petrobras, qui était de loin l'acteur le plus important sur le marché du gaz naturel (fournisseur), détenant plus de 90% dudit marché, a créé une *joint venture* avec l'entreprise White Martins. L'entité s'appelait GNL/Gemini.

---

<sup>99</sup>TPICE, 20 novembre 2002, Lagardère et Canal + / Commission, T-251/00. Note L. IDOT, Europe, 2003, n. 22. Voir aussi le commentaire sur le cas d'A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 446.

Les autres entreprises distributeurs du gaz, concurrentes de GNL/Gemini, ont été contre l'opération, car celle-ci pouvait engendrer l'exclusion des concurrents du marché de distribution.

Le CADE, après l'instruction et l'examen de l'opération, a imposé à GNL/Gemini une restriction. En effet, du fait que l'opération découlait sur la formation d'une intégration verticale, le CADE a exigé, entre autres, une publicité de la formation des prix de la *joint venture* pour assurer une certaine transparence auprès de la concurrence, afin d'éviter toute discrimination entre concurrents dans le marché *downstream*.

Un recours a été formé contre cette restriction devant le juge afin que celui-ci opère un contrôle de proportionnalité entre la nécessité/possibilité de publier la formation des prix au regard du « secret d'affaire »<sup>100</sup>.

**133.** Le juge en France, comme au Brésil, est aussi saisi des problèmes concernant les restrictions dans les opérations verticales. Il doit vérifier si la justification des mesures correctives sont suffisantes à remédier aux effets verticaux nuisibles identifiés par l'Autorité de la concurrence. Le juge identifie si les restrictions sont de nature à assurer le maintien d'une concurrence suffisante sur les marchés concernés. En France, dans l'affaire avec les sociétés Vivendi et Groupe Canal Plus, l'Autorité souligne par ailleurs dans sa décision que « les effets anticoncurrentiels qui résultent de l'opération notifiée sont liés à l'intégration verticale de GCP ainsi qu'à la pratique extensive des exclusivités, qui sont deux sujets distincts mais liés, et au sujet desquels le test de marché et la consultation publique ont fait apparaître de nombreuses suggestions ».

---

<sup>100</sup>JFDF, 20 juin 2014, GNL, Affaire n. 2007.34.00.005245-0.

§ 2<sup>ÈME</sup> – L’AUTORISATION DES OPÉRATIONS SOUS RÉSERVE D’ENGAGEMENTS

**134.** Si l’autorité de concurrence identifie la nécessité des restrictions pour l’autorisation d’une opération, une alternative aux décisions unilatérales est la solution accordée. Qu’il s’agisse de changer des clauses contractuelles ou de régler des comportements commerciaux futurs des entreprises, les parties concernées peuvent s’engager et proposer « des remèdes » afin qu’un cadre stable du point de vue concurrentiel soit envisagé.

**135.** L’évolution des analyses de contrôle administratif des concentrations au Brésil indique que l’engagement est une solution qui profite in fine à tout le monde et qui s’assure qu’il est proportionné aux préoccupations de concurrence mises en évidence dans l’instruction de l’opération.

**136.** Au Brésil, ces accords impliquent un changement de vision de l’analyse administrative. On laisse de côté le pouvoir discrétionnaire de l’Autorité de concurrence sur l’opération et on migre vers une négociation contractuelle. Les entreprises concernées, mais aussi le CADE, peuvent proposer des adaptations pour que l’opération soit autorisée.<sup>101</sup> Cela est sans aucun doute le point central actuel du contrôle des concentrations au Brésil.

**137.** Il s’agit d’une pratique fréquente dans l’Union européenne et en France. Selon Monsieur Fréneaux « Qu’il s’agisse du droit français ou du droit communautaire, les

---

<sup>101</sup>« Lorsqu’on aborde le contrôle judiciaire de ces décisions d’engagement on doit examiner successivement cinq aspects de la procédure de l’article 9 à savoir :i) - la nature juridique et l’effet des « décisions d’engagements » et en particulier le contrôle résiduel exercé à leur égard par le juge national ; ii) - les garanties procédurales et juridictionnelles prévues (ou à prévoir) afin de protéger les droits tant des parties que des tiers et des États membres ; iii) la marge d’appréciation dont la Commission dispose (ou non) pour avoir recours à cet instrument, et le contrôle que le juge exerce à ce sujet ; iv) la transparence de la politique de la Commission en la matière face à celle qui résulterait d’une pratique décisionnelle classique, soumise à contrôle judiciaire ; et enfin – v) le contrôle du respect des décisions d’engagements, et le rôle dévolu à ce propos par la Commission au juge national ». D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges », The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 01/08. Disponible sur : <https://www.coleurope.eu/research-paper/le-developpement-en-droit-europeen-de-la-concurrence-des-solutions-negociees> (accédé en mai 2019).

décisions d'autorisation sous réserve d'engagements remplacent de plus en plus les décisions d'interdiction »<sup>102</sup>. Il suffit que l'opération présente un quelconque degré de restriction pour que les parties et les autorités recherchent des solutions structurelles ou comportementales inscrites dans des engagements pour remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération<sup>103</sup>.

La possibilité d'une solution à l'amiable n'exclut pas néanmoins les recours juridictionnels. Les parties prenantes critiquent de voir s'imposer des remèdes disproportionnés ou imparfaitement reliés au problème de concurrence. Il faut étudier plus précisément les recours qui portent sur l'interprétation des obligations prévues dans l'accord (A), puis le degré d'exigence du CADE (B).

#### A) L'interprétation des clauses d'engagement

**138.** Aussi bien au Brésil qu'ailleurs, on voit augmenter la quantité des opérations autorisées sous réserve d'engagements. La complexité des exigences et le champ d'application contractuel de ces obligations font croire que l'accomplissement des obligations prévues dans les engagements sera certainement déféré chaque fois plus au juge.

**139.** Les engagements portent sur des aspects structurels de l'opération, comme la nécessité de cessions d'actifs, ou sur des obligations comportementales, comme donner l'accès à des infrastructures essentielles aux concurrents qui le souhaitent.

**140.** Dans l'affaire Telefônica SA de 2014, l'entreprise a formé un recours contre la décision administrative du CADE qui avait obligé la vente des actions en bourse en raison de l'inobservance des règles de l'engagement<sup>104</sup>. Dans les faits, l'autorisation moyennant des

---

<sup>102</sup>L. FRÉNEAUX, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *Revue internationale de droit économique*, t. XXI, 1, 2007, p. 43-67.

<sup>103</sup>Voir dans ce sens L. IDOT et C. MOMÈGE, « Le rôle clé des engagements en matière de contrôle des concentrations: réflexions sur l'évolution de la pratique », *Revue Lamy droit des affaires*, n. 37, 2001.

<sup>104</sup>JFDF, 9 juillet 2014, Telefônica S/A, Affaire n. 0045942-84.2014.4.01.3400 relative à l'Affaire n. 53500.012487/2007.

engagements traitait de la participation minoritaire de Telefônica dans le capital de l'opérateur Tim, par l'intermédiaire d'un troisième opérateur. Le CADE avait autorisé l'opération et avait imposé une série des restrictions de gouvernance, puisque Telefônica et Tim sont des concurrents dans le marché des télécoms au Brésil. Il n'y avait pas une clause dans l'engagement signé sur la possibilité d'augmentation du capital social de Telefônica dans ce troisième opérateur. Le CADE a pris connaissance d'un achat des actions en bourse par Telefônica et a compris que l'augmentation du capital de Telefônica par rapport au troisième opérateur était incompatible avec les principes de l'engagement signé.

**141.** Dans l'affaire CSN/Usiminas de 2011, concernant deux concurrents dans le marché d'acier, la CSN avait signé l'engagement après avoir acheté, en bourse, plus de 5% d'actions de son concurrent, l'Usiminas. Le CADE a exigé la notification de ces acquisitions, et a interdit que la CSN puisse avoir plus qu'un nombre réduit d'actions chez Usiminas, même au titre d'investisseur. L'engagement signé entre le CADE et la CSN portait aussi sur l'interdiction de cette dernière de siéger au Conseil d'Administration de l'Usiminas jusqu'à la diminution de la participation au capital dans son concurrent. À la suite des problèmes de fonctionnement de la société Usiminas, avec une perte considérable de valeur dans le marché, la CSN a demandé au CADE de pouvoir participer à la société par le biais d'un tiers indépendant. Le CADE a considéré que la participation par le biais d'un tiers indépendant était acceptable par l'engagement. Mais l'Usiminas s'est battu contre cette décision et a formé un recours contre le CADE. L'Usiminas faisait valoir que cette possibilité de siéger par un tiers indépendant n'était pas une solution prévue à l'accord.

**142.** On assiste à un vif débat entre les entreprises qui estiment avoir rempli leurs engagements et, à l'inverse, l'Autorité de la concurrence. Au Brésil, généralement, les engagements comportent des restrictions comportementales (obligations de faire ou de ne pas faire) mais qui ne seront mis en œuvre qu'après la réalisation de l'opération. Or, cette habitude tend à ressusciter le contrôle de concentration *a posteriori* de la loi de 1994, puisque l'accomplissement de ces exigences qui vont intervenir après la réalisation de l'opération va inciter les entreprises à former un recours contre la décision d'observation de non accomplissement, remettant en cause les restrictions.

**143.** On observe dans ces deux affaires brésiliennes que des situations particulières dans les engagements comportementaux font appel à des recours difficiles à être tranchés par le juge. Quand on parle de « l'intention des engagements », son interprétation n'est pas toujours claire, ce qui permettra une plus grande intervention du juge dans le raisonnement concurrentiel de l'autorité de concurrence.

**144.** En France, ces engagements sont pris par les parties au titre de l'article L. 430-5-II en phase 1 ou de l'article L. 430-7-II en phase 2. Même en considérant que les engagements ne sont pas des accords tels qu'ils sont portés au Brésil, le débat sur l'interprétation des engagements a eu lieu aussi en France. À ce titre, dans l'affaire Canal Plus, l'autorisation d'effectuer l'opération avait été retirée par l'Autorité de la Concurrence (AdlC) et l'entreprise a alors formé un recours devant le Conseil d'État.<sup>105</sup>

**145.** Bien évidemment, l'évaluation de la réalisation de ces mesures comportementales exige non seulement une connaissance des objectifs de l'accord, mais aussi la capacité d'interpréter les aspects concurrentiels problématiques qui subsisteraient à la signature de l'engagement.

## B) Le contenu controversé des engagements

**146.** La quantité d'engagements signés au Brésil par le CADE ne fait qu'augmenter proportionnellement la possibilité de recours judiciaires sur son contenu controversé. La discussion peut avoir lieu parce que les recours formés essaient de caractériser les engagements comme des contrats d'adhésion, dont quelques clauses peuvent être considérées comme abusives vis-à-vis des impacts concurrentiels de l'opération. Ce débat n'est pas nouveau au Brésil, et ressemble beaucoup à celui déjà mené sur les clauses de non-concurrence, où l'on posait la question de la nécessité d'exiger une telle restriction pour

---

<sup>105</sup>CE, 21 décembre 2012, Group Canal Plus, 362347, Société Parabole Réunion, 363542 et Société Numéricable, 363703.

autoriser l'opération.

**147.** Ces restrictions peuvent atteindre non seulement l'entreprise qui a signé les accords, mais également tous ceux qui directement ou indirectement ont des liens avec les entreprises concernées.

**148.** En ce qui concerne la proportionnalité des exigences, dans l'affaire CTBC Celular au Brésil, cette entreprise privée, concessionnaire du service public de télécommunications, a notifié l'acquisition du contrôle du prestataire de service Internet Net Site SA. Le CADE avait autorisé l'opération moyennant des engagements en raison de l'intégration verticale identifiée comme dangereuse. L'entreprise s'engageait alors, pour garantir la non-discrimination des concurrents de la cible sur le marché de la téléphonie, à présenter des rapports de plans promotionnels, des listes de contrats avec des fournisseurs Internet, ainsi que la publication de l'engagement sur son site. Par la suite, le CADE a constaté que rien n'avait été publié sur le site internet et également une absence de remise des rapports. L'Autorité de la concurrence a constaté de plus le non-respect aux engagements, en lui octroyant une amende et en prononçant l'annulation de l'opération. L'entreprise a alors formé un recours contre la décision<sup>106</sup>. Pour l'entreprise CTBC, les exigences n'étaient pas proportionnelles aux conditions de l'affaire et aux exigences du marché.

**149.** En pratique, les recours formés contre les exigences du CADE par rapport aux engagements peuvent être effectifs lorsque l'on est devant des obligations *a priori* réversibles. De l'autre côté, les intéressés peuvent aussi former des recours juridictionnels contre ces exigences du CADE découlant sur des obligations non réversibles afin d'obtenir une indemnisation future.<sup>107</sup>

**150.** Les recours juridictionnels contre les engagements signés ont déjà été observés dans le droit français. Dans l'affaire Sarl Bric'Oléron, les sociétés Mr. Bricolage et Bric'Oléron ont demandé l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence pour

---

<sup>106</sup>JFDF, 30 mai 2011, CTBC Celular, Affaire n. 2008.34.00.038297-5.

<sup>107</sup>Voir dans ce sens l'affaire Schneider jugée par le Tribunal de l'UE. TPICE, 22 octobre 2002, Schneider Electric SA, T- 77/02.

excès de pouvoir à la suite de l'autorisation de l'opération, sous réserve de l'accomplissement d'engagements. La question de droit portait sur l'impact financier de l'interdiction du renouvellement de contrats sur les entreprises. Or, cette interdiction avait été proposée par la Sarl Birc'Oleron elle-même.<sup>108</sup> En effet, on a pu se rendre compte que les entreprises qui signent des accords ont tendance par la suite à attaquer ces mêmes restrictions lorsqu'elles souffrent un impact financier important.

## **Section II – Les actes accessoires faisant grief à l'autorité administrative**

**151.** On a au Brésil des recours formés contre les actes qui n'ont pas un caractère définitif sur l'autorisation ou l'interdiction d'une opération de concentration. Cela a lieu au Brésil en raison des règles de recevabilité plus souples. Ce sont des recours formés contre les actes intermédiaires, préparatoires, accessoires du CADE.

**152.** En Europe, la Cour de Justice de l'Union européenne regorge d'affaires où les recours en excès de pouvoir contre ces actes intermédiaires sont irrecevables : « un acte de nature préparatoire qui ne constitue que l'une des étapes devant mener à l'adoption ultérieure d'une décision finale n'est pas un acte attaquant »<sup>109</sup>.

Pour comprendre l'enjeu de ces recours dans les affaires brésiliennes, il faut envisager les actes intermédiaires de nature préparatoire (§ 1<sup>ER</sup>) et ceux de nature décisive (§ 2<sup>ÈME</sup>).

---

<sup>108</sup>CE, 26 mai 2010, Sarl Bric'Oleron, Affaire n. 338595.

<sup>109</sup> CJCE, 11 novembre, 1981IBM c/ Commission 60/81, REC. 2639. Cette règle a pour but d'éviter de faire obstacle à l'action de la Commission Européenne en raison d'une multitude de recours intermédiaires.

## § 1<sup>ER</sup> – LES ACTES INTERMÉDIAIRES DE NATURE PRÉPARATOIRE

**153.** On appelle actes intermédiaires de nature préparatoire ceux qui font partie de l'instruction de la procédure, du passage des étapes, mais qui ne concluent pas pour l'autorisation ou l'interdiction définitive d'une opération. Ils sont pris en amont et viennent annoncer une future décision ou ne font que rappeler une norme déjà existante. Ces actes découlent du fait que pour analyser une concentration, il est nécessaire de respecter un certain formalisme - présentation de documents (éléments matériels de la procédure) et opinions (avis émis en cours de procédure) - qui fournissent au CADE les éléments de base pour sa décision.

**154.** Au titre de ces actes préparatoires, la loi brésilienne prévoit un devoir général de communication d'informations pour l'instruction de l'opération de concentration, en vertu de l'article 40, de la Loi n° 12.529/2011.<sup>110</sup> Ce devoir général d'informations pourrait s'apparenter, en droit français, aux mises en demeure, qui sont des mesures par lesquelles une autorité administrative ordonne à une personne d'agir dans un sens précis sous peine de poursuite.<sup>111</sup>

**155.** Par ailleurs, d'autres types d'actes sont considérés comme préparatoires, tels que les questions posées par la Surintendance-générale et par le Tribunal du CADE, au service juridique et économique de l'autorité administrative en vertu de l'article 15, VII et de l'article 17 de la loi n° 12.529/11. Ces sollicitations ou même son absence peuvent générer des

---

<sup>110</sup>Cette possibilité de réquisition d'informations peut aussi être exercée dans le cas d'une notification d'opération en dessous des seuils exigés qui n'était pas à l'origine susceptible de notification. En effet, pour conserver une certaine maîtrise de la politique de concurrence sur les petits marchés, le CADE dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de demander une notification obligatoire ultérieure, dans un délai d'un an à compter de la réalisation de l'opération à n'importe quel opérateur économique. Prévues par l'article 88, § 7 de la loi n° 12.529/11 cette possibilité de contrôle, bien que légale, ne déploie pas les critères d'applicabilité et n'a donc jamais été mise en œuvre. Ce contrôle discrétionnaire, en l'état, serait arbitraire aux yeux des entreprises. Le CADE doit au préalable réussir à établir des critères objectifs pour ne pas créer une méfiance à son égard et être accusée de détournement de pouvoir.

<sup>111</sup>En droit français, ces actes ne font, en principe, pas grief puisqu'ils constituent une première étape d'une opération administrative (sauf s'ils contiennent une mesure nouvelle, une menace précise, un délai fixe d'exécution). Cependant, si l'intéressé ne défère pas la mise en demeure, les sanctions qui pourront être prises à son égard seront considérées comme faisant grief et pourront être attaquées devant le juge.

inconvenients pour l'instruction de l'affaire.

**156.** En droit français, ces actes préparatoires sont sans conséquences sur le droit en vigueur, puisque l'acte préparatoire n'augure pas de ce que sera l'acte final. Cela signifie que seule la décision finale pourra être attaquée devant le juge.

Au regard de ces deux types d'actes préparatoires, il convient de s'intéresser aux régimes juridiques des actes qui se rapportent aux informations sollicitées (A) et aux avis juridiques et économiques (B).

#### A) Les informations sollicitées

**157.** Le CADE peut solliciter des documents qu'il juge nécessaires à l'instruction pour l'examen de l'opération, c'est-à-dire, l'obtention de l'ensemble des informations liées à une opération de concentration. Cela permet une prise de position en toute connaissance de cause. Véhiculer ces informations est nécessaire non seulement pour procéder à la correction de l'asymétrie de certaines informations, mais aussi pour combattre l'arbitraire d'une décision administrative.

**158.** L'affaire brésilienne Nestlé/Garoto de 2007 a été le premier cas d'interdiction d'une opération au Brésil sous le régime de la loi de 1994. L'opération a eu lieu dans le marché du chocolat, avec l'acquisition de la troisième par la première entreprise du secteur. Le recours formé a porté sur plusieurs sujets, y compris la nécessité des informations requises par le CADE. Dans l'espèce, sous la loi de 1994, le délai pour l'analyse par le CADE se trouvait suspendu par la demande d'informations. Les entreprises avaient contesté l'utilité et la validité de la demande d'informations, en exigeant la motivation de l'autorité de concurrence ; et avaient démontré les impacts négatifs de cette demande sur l'opération, en raison d'une interruption du délai d'analyse de l'opération. L'utilité de la réquisition de ces informations a été mise en doute puisqu'apparemment ces informations avaient déjà été fournies au cours de la procédure. De la même façon, la question s'était posée sur la nécessité

de demandes de nouvelles informations auprès cette fois-ci de tiers pour instruire l'affaire.

**159.** Ce débat pourra avoir lieu aussi dans l'avenir, si l'on considère le refus d'autres entreprises contre l'exigence du CADE de présenter des informations. Le grand problème pour une autorité correspond à la mise en doute de la liberté d'agir, de s'abstenir ou de décider avec une marge plus ou moins grande de liberté, en fonction d'une appréciation d'opportunité de l'autorité.

**160.** Dans l'Union européenne, le pouvoir d'enquête régulièrement exercé avait fait l'objet d'un recours encore dans le cadre du Règlement 4064/89 dans l'affaire Sogecable<sup>112</sup>, qui portait sur l'autorisation de fusion des chaînes à péage Sogecable et Via Digital. La décision a indiqué que le juge des référés ne peut, en principe, donner suite à une demande de mesures provisoires qui visent à empêcher la Commission d'exercer ses pouvoirs d'enquête et de sanction.

Ainsi, le juge des référés ne peut, en principe, donner suite à une demande de mesures provisoires qui vise à empêcher la Commission d'exercer ses pouvoirs d'enquête et de sanction immédiatement après l'ouverture, au titre du règlement n° 4064/89, d'une procédure administrative d'examen d'une opération de concentration et avant même qu'elle n'ait pas adopté les actes interlocutoires ou définitifs, dont on désire éviter l'exécution. En effet, en adoptant de telles mesures, le juge des référés n'opérerait pas dans le cadre du contrôle de l'activité de l'institution concernée, mais il se substituerait plutôt à celle-ci dans l'exercice de compétences à caractère purement administratif. Il s'ensuit qu'une entreprise ne peut pas, en vertu des articles 185 et 186 du traité, demander au juge des référés d'imposer à une institution de surseoir à l'exécution de la décision portant ouverture d'une procédure administrative et de lui interdire, même à titre provisoire, l'exercice de ses compétences dans le cadre d'une telle procédure.<sup>113</sup>

**161.** On s'aperçoit qu'il s'agit d'un débat classique de pouvoir discrétionnaire, pour lequel le juge brésilien semble être plus ouvert à accepter les raisons des entreprises.

---

<sup>112</sup>CJCE, 12 juillet 1996, Sogecable, n° T-52/96, Ordonnance du Tribunal.

<sup>113</sup>TPICE, 12 juillet 1996, Sogecable / Commission, T-52/96 R.

## B) Les avis juridiques et économiques

**162.** Dans le cadre de l'enquête, le CADE est obligé d'évaluer, avec toute l'attention requise, les informations importantes fournies, notamment par le requérant, mais aussi par d'autres entreprises opérant dans les secteurs sous examen. Il en résulte que le CADE a accordé une priorité aux avis techniques dans l'instruction d'une opération, d'autant plus qu'ils sont utiles dans la motivation globale de la décision, pour soutenir ou pour confronter d'autres avis de cette instruction. Dans la procédure du CADE, on a les avis du service économique ou du service juridique de l'Autorité.<sup>114</sup>

**163.** Les avis sont toujours plus exigés par le CADE et même par les parties concernées. Ils ne sont écartés qu'en cas de motivation dûment circonstanciée. Très récemment, dans deux opérations qui ont été interdites par le CADE, mais qui pour autant n'ont pas vu un recours formé, l'avis du service économique a joué un rôle fondamental. Dans l'affaire Ultragaz/Liquigas de 2018<sup>115</sup> et dans l'opération Kroton/Estácio 2017<sup>116</sup>, le service a fait des études et a signalé que les remèdes proposés par les entreprises étaient insuffisants. Les avis ont été suivis intégralement par le collège du CADE dans la motivation d'interdictions des opérations.

**164.** Ainsi, même si l'on n'a pas eu jusqu'à présent l'exigence des avis comme l'objet d'un contentieux au Brésil, on croit qu'il sera un aspect envisageable dans le proche avenir

---

<sup>114</sup>Le Ministère Public Fédéral (parquet) a un siège au CADE. Pour la désignation du procureur le Conseil Supérieur va proposer un membre du Ministère Public Fédéral, qui sera désigné par le Procureur-Général de la République pour émettre des avis dans les procédures administratives du CADE, selon l'article 20 de la loi de 2011. L'avis du procureur dans les opérations de concentration ne lie pas les décisions du CADE. Le Ministère Public Fédéral (le procureur) s'est déjà positionné sur une opération de concentration qui impliquait le marché de l'enseignement supérieur (le cas Anhanguera et Kroton). Le commissaire rapporteur de la procédure (membre du tribunal du CADE) a sollicité une manifestation du MPF, qui a indiqué que l'opération résulterait dans la superposition d'activités de graduation et post-graduation de cours en présentiel et à distance (EaD), ce qui pouvait entraîner des préjudices aux concurrents sur le marché. Ainsi, le MPF a considéré indésirable, d'un point de vue concurrentiel, la fusion des institutions d'enseignement supérieur.

<sup>115</sup> Affaire n. 08700.002155/2017-51

<sup>116</sup> Affaire n 08700.006185/2016-56

et doit donc faire partie de cette étude.

**165.** *A priori*, n'est pas controversée « la possibilité » de saisine par la Surintendance et par le Tribunal du CADE des services juridiques et économiques durant l'instruction de la procédure (art 15, VI et art 17 de la loi de 2011). La loi indique encore que le service économique peut prononcer un avis *ex officio*. L'aspect qui devient plus intéressant est de considérer cette faculté comme une exigence.

**166.** En France, l'arrêt Blanco, du 8 février 1873, du Tribunal des Conflits nous indique que : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat [...] n'est ni générale, ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits des particuliers ». Si on a une possibilité de saisine qui devient fréquente, cela peut se transformer en obligation de saisine.

**167.** Ce débat a déjà été observé en France dans l'affaire Sogebra, lorsque cette dernière avait formé un recours juridictionnel contre la décision du Ministre de l'Économie de saisir le Conseil de la Concurrence, pour un conseil technique. Cette saisine est un acte préparatoire insusceptible de recours.

Considérant que, tant sous le régime de contrôle des concentrations issu de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 que sous celui issu de la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la saisine du conseil de la concurrence par le ministre chargé de l'économie n'est qu'un élément de la procédure qui permet aux autorités compétentes soit d'interdire l'opération de concentration, soit de l'autoriser, sous la réserve éventuelle de l'observation de prescriptions de nature à assurer une concurrence suffisante ou à contribuer au progrès économique et social ; qu'elle a, dès lors, le caractère d'un acte préparatoire et ne constitue pas par elle-même une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en est de même de la décision par laquelle le ministre chargé de l'économie refuse de retirer cette saisine ; qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la SOGEBRA tendant à l'annulation de la décision attaquée ne sont pas recevables.<sup>117</sup>

**168.** Mais l'éventuelle absence d'un avis peut aussi donner lieu au débat inverse,

---

<sup>117</sup>CE, 9 juillet 2003, Société Générale de Brasserie (Sogebra), 248828.

c'est-à-dire à l'insuffisance d'instruction ; d'autant plus quand les avis deviennent une pratique habituelle, et notamment pour les entreprises avec un important impact concurrentiel. Selon cette position il devient systématique de demander des avis pour contrer un éventuel manquement dans l'instruction de l'affaire. La jurisprudence du Conseil d'État, dans l'affaire Fiducial de 2005, a déjà signalé cet aspect. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait décidé de saisir le Conseil de la Concurrence en raison de l'incertitude résultant du caractère largement contradictoire des éléments présentés.<sup>118</sup>

**169.** De cette façon, à partir du moment où les avis juridiques et économiques font parties du socle des informations techniques de la décision, leurs demandes et absences peuvent engendrer des conflits. Au Brésil, cette situation est encore plus claire puisque les critères de recevabilité sont bien plus élargis que dans l'UE.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LES ACTES INTERMÉDIAIRES DE NATURE DÉCISOIRE

**170.** Au cours de la procédure brésilienne, aussi bien le Surintendant qu'un Commissaire peut prononcer des décisions intermédiaires. La Surintendance peut soulever des doutes sérieux de compatibilité de l'opération aux règles de concurrence telle qu'elle a été notifiée, en envoyant l'opération au Tribunal. Un Commissaire peut évoquer l'opération autorisée par la Surintendance.

**171.** La procédure de contrôle de concentrations de la Commission européenne se déroule en deux phases. La première dure entre 25 et 35 jours. À l'issue de cette phase, si la Commission européenne décide d'ouvrir une procédure d'enquête approfondie, cela dure environ 90 jours. À l'issue de cette seconde phase, la Commission interdit ou autorise l'opération.

---

<sup>118</sup>CE, 20 juillet 2005, Fiducial Informatique et Fiducial Expertise, 279180.

Des aspects procéduraux et des questions sur la motivation de l'acte administratif peuvent être envisagés comme abus, surtout lorsqu'on observe d'autres affaires en cours ou déjà analysées. Faire attention à la contestation d'une opération par la Surintendance (A), puis à la demande d'évocation de la part d'un Commissaire (B) entre dans le champ des décisions intermédiaires de nature décisive.

A) L'acte de « contestation » de la Surintendance générale

**172.** La contestation est l'acte par lequel la Surintendance Générale du CADE indique que l'opération ne peut pas être autorisée telle qu'elle a été notifiée. Sous le régime de la loi de 1994, l'instruction menée par la SEAE et la SDE ne conduisait jamais à une décision, et les opérations étaient toujours envoyées au Tribunal du CADE. Dorénavant, avec la loi de 2011, la SG peut décider des affaires plus simples, et ses opinions sont importantes, y compris celles qui ne sont pas des décisions finales sur les opérations. Le fait d'envoyer une opération au Tribunal sans réaliser une instruction suggérée par les parties concernées, ou même contraire à des décisions antérieures de la SG, ces actes peuvent faire l'objet de recours au Brésil.

**173.** Si un recours direct contre la décision de contestation n'a pas été formé jusqu'à présent, l'idée que l'autorité est obligée d'examiner les arguments des parties concernées a pu être constatée dans l'affaire JBJ/Mataboi de 2017.<sup>119</sup> L'affaire traitait sur l'acquisition par la JBJ (propriétaire d'un réseau d'abattoirs) de l'abattoir Mataboi, lequel se trouvait dans une situation commerciale fragile. L'examen de la Surintendance a constaté une participation de marché élevée, car, selon l'analyse opérée, la société acquéreuse faisait partie du groupe sociétaire de la plus grande entreprise d'abattoirs du Brésil. L'Autorité a considéré les liens familiaux dans la définition de groupe économique. La JBJ a essayé de justifier l'acquisition sous la thèse de l'entreprise défailante. Mais cela n'a pas été accueilli par le CADE. Parmi

---

<sup>119</sup> JFDF 1015285-40.2017.4.01.3400 JBJ X CADE.

d'autres aspects du recours juridictionnel, l'entreprise JBJ a exigé l'instruction supplémentaire du CADE pour essayer de prouver que les liens familiaux ne permettaient pas une conclusion de groupe économique.

**174.** Le recours n'a été formé qu'après la décision du CADE d'interdiction de l'opération, bien que l'indication des liens familiaux sont apparus lors de la contestation de l'opération par la Surintendance.

**175.** Ce genre de débat sera toujours écarté au droit de l'Union, car la Cour confirme que la décision d'ouverture d'une phase n'est pas un acte susceptible de recours. Dans l'affaire *Schneider Electric* de 2007<sup>120</sup>, le Tribunal avait rappelé qu'une décision d'ouverture de la phase est un acte préparatoire qui ne préjuge en rien de la décision finale de la Commission.

Il convient de relever que la décision du 5 juin 2003 constitue une mesure préparatoire ayant pour seul objet l'ouverture d'une instruction destinée à établir les éléments devant permettre à la Commission de se prononcer par la voie d'une décision finale sur la compatibilité de cette opération avec le marché commun et qu'elle n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation (décision du Tribunal du 31 janvier 2006, *Schneider Electric/Commission*, T-48/03, Rec. p. II-111, point 79).<sup>121</sup>

**176.** Au Brésil, lorsqu'il y a des réquisitions d'informations ou d'instructions, et que celles-ci n'ont pas été prises en compte par la Surintendance, cela peut faire l'objet d'un recours.

## B) L'évocation d'une opération par un commissaire

**177.** En droit brésilien, la décision d'évocation d'une opération de concentration par

---

<sup>120</sup> CJCE, 9 mars 2007, *Schneider Electric / Commission*, C188/06 P.

<sup>121</sup> Sur le thème, voir la décision du TPICE, 31 janvier 2006, *Schneider Electric / Commission*, T-48/03, Rec. p. II-111, point 79 et TPICE, 13 septembre 2010, *Éditions Odile Jacob / Commission*, T-279/04.

un commissaire du collège du CADE suspend la réalisation d'une opération autorisée par le Surintendant. Le commissaire a besoin de motiver la décision, qui devra à la suite être confirmée par le collège.

**178.** Dans l'affaire Bayer SA 2013, celle-ci a formé un recours juridictionnel contre la décision d'évocation d'un commissaire. L'opération concernait l'octroi de licences de produits transgéniques pour Bayer et a été approuvée par la Surintendance sans aucune restriction. La Surintendance n'a même pas considéré l'opération sous examen comme une concentration. Dans son recours, Bayer a indiqué que la décision du CADE a commis l'erreur de procédure et l'absence de motivation de l'acte administratif.<sup>122</sup> En l'espèce, Bayer disait que l'évocation exigeait l'accord préalable du Tribunal, et pas seulement d'un Commissaire. De plus, l'opération ne portait aucune atteinte à la concurrence, et ne pouvait donc pas être évoquée.

**179.** Les aspects de procédure et contenu sur l'évocation pourront toujours être sujets de débats juridictionnels, car une fois acceptées par le juge, les erreurs indiquées impliqueraient en droit brésilien l'autorisation de l'opération. Si dans le régime actuel on dispose d'une décision de la Surintendance en autorisant l'opération, le juge aura déjà une analyse technique pour s'appuyer.

---

<sup>122</sup>TRF1, 25 septembre 2013, Bayer S/A, Affaire n. 0057428-18.2013.4.01.0000/DF.

## CHAPITRE II – L’AUTEUR DES RECOURS

**180.** Ce sont les parties concernées à l’opération qui généralement forment les recours juridictionnels dans les opérations interdites ou autorisées moyennant restrictions au Brésil.<sup>123</sup> En règle, les restrictions aux opérations touchent à leurs droits.

**181.** Toutefois, il est très curieux et intéressant de noter que d’autres personnes qui ne font pas partie directement de l’opération peuvent aussi participer aux recours : des tiers. Quel est le rôle de ces tiers par rapport au recours du contrôle de concentration au Brésil ?

**182.** En droit de l’Union, Monsieur Durande indique que les tiers sont définis de manière négative, en ce sens que ce sont tous ceux qui ne font pas partie de l’opération.<sup>124</sup> Pour Madame Idot, « les tiers forment une catégorie hétérogène dont les intérêts et, par voie de conséquence, les droits peuvent varier en fonction des différentes étapes de la procédure. Suivre le déroulement de celle-ci s’avère le moyen le plus simple et sans doute le plus efficace d’identifier leur place »<sup>125</sup>. Les tiers peuvent saisir le juge de manière isolée ou s’ajouter à des recours déjà formés par les requérants.<sup>126</sup>

**183.** Les tiers peuvent être divisés en deux catégories : les tiers internes et les tiers externes. Les tiers internes sont ceux étroitement liés aux entreprises concernées par l’opération, tels que les dirigeants ou encore les travailleurs. Les autres tiers qui sont

---

<sup>123</sup>En Europe voir TPICE, 27 avril 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e.a. / Commission, T-96/92, Rec. p. II-1213, point 26, et TPICE, 27 avril 1995, CCE de Vittel e.a. / Commission, T-12/93, Rec. p. II-1247, point 36. Voir aussi Trib. UE, 12 octobre 2011, Association Belge des Consommateurs tests-achats / Commission, T- 224/10.

<sup>124</sup>S. DURANDE, « Les droits des tiers dans les procédures concurrences devant la Commission européenne », *Concurrences*, 2005, n. 4, p. 34-44.

<sup>125</sup>L. IDOT, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations – Aspects du droit français », *Revue internationale de droit comparé*, v. 58, n. 3, 2006, p. 751.

<sup>126</sup>Les tiers prennent une grande importance dans l’accompagnement des engagements : « un système de négociations et d’engagements ne nous paraît donc admissible que si le pouvoir décisionnel de sanctionner le comportement à défaut d’accord appartient au tiers, qui est un juge indépendant » D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges », *The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 01/08*. Disponible à l’url : <http://www.gclc.coleurop.be> (accédé en avril 2015).

extérieurs à l'entreprise sont alors dit externes, comme les concurrents, les clients et les consommateurs.

En ce sens, la classification du droit de l'Union européenne et de Madame Idot entre tiers internes (Section I) et tiers externes (Section II) semble utile pour identifier la part des recours potentiels ou déjà formés par les tiers dans les affaires brésiliennes.<sup>127</sup>

### **Section I –Tiers internes**

**184.** La décision administrative sur l'opération de concentration peut affecter directement ou indirectement plusieurs intérêts. Ces intérêts sont attachés aux aspects juridiques et économiques en fonction de certaines clauses contractuelles ou des statuts des sociétés qui font partie de l'opération.

Selon Madame Idot, celui qui n'est pas une partie concernée mais entretient une extrême proximité avec les entreprises de l'opération entre dans le cadre des tiers internes.<sup>128</sup> Au Brésil, à ce titre, on peut retenir au moins deux figures de tiers internes : les salariés (§ 1<sup>ER</sup>) et les actionnaires (§ 2<sup>ÈME</sup>).

---

<sup>127</sup>L. IDOT, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations aspects de droit français », R.I.D.C, 2006, n. 3, p. 751.

<sup>128</sup>C'est la classification proposée par Idot, pondérant l'article 11 du Règlement (CE) n° 802/2004. Voir aussi L. IDOT, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations aspects de droit français », R.I.D.C, 2006, n. 3, p.750.

## § 1<sup>ER</sup> – LES SALARIÉS

**185.** Les tiers internes salariés sont les employés des entreprises parties aux opérations.<sup>129</sup> Particulièrement au Brésil, la représentation collective prend de l'importance dans le débat juridictionnel actuel sur les intérêts des employés. Les syndicats sont en effet habilités à représenter les travailleurs, et le Ministère Public du Travail défend leurs intérêts.

Ainsi, il s'agit d'étudier la représentation collective syndicale (A), mais aussi l'organe étatique en charge des intérêts des salariés, qu'est le Ministère Public du Travail (MPT) (B), figure propre au Brésil pouvant mener à d'importantes réflexions dans le domaine du droit de la concurrence.

### A) La participation des syndicats de travailleurs

**186.** Les employés, certes au fondement de la création de valeur de l'entreprise, peuvent subir les effets des opérations, tels que le transfert de main d'œuvre ou encore les clauses d'interdiction d'engager. Tout ceci est susceptible d'avoir un impact sur l'ensemble des travailleurs de l'entreprise. Il existe essentiellement deux types de recours déjà observés d'après l'analyse des affaires brésiliennes. Le syndicat peut agir en saisissant directement le juge contre des restrictions imposées à l'opération par le CADE, mais aussi en tant qu'assistant dans la procédure, en soutenant une des parties concernées, ou même le CADE pour le maintien de la décision administrative.

**187.** Au Brésil, dans l'affaire Nestlé/Garoto de 2005, l'opération du marché de

---

<sup>129</sup>« Dans les pays développés, une série de facteurs a affecté l'évolution de l'emploi. Parmi les principaux, des fusions et des acquisitions, des réarrangements des emplois existants avec suppressions d'excédents, délocalisation sectorielle de l'investissement direct pour des services – commerce, finances et construction civile – avec un usage intensif de technologies économisant le travail. En dépit de l'augmentation du volume d'investissement direct dans ces pays – ses principaux récepteurs – l'augmentation d'emplois a été modeste.» G. DUPAS, « A lógica da economia global e a exclusão social », Estudos Avançados, v. 12, n. 34, 1998, p. 121-159.

chocolats qui a été interdite sous le système de 1994, le Syndicat des Travailleurs, en intervenant dans le secteur alimentaire de l'État d'Espírito Santo, s'est mobilisé contre une partie de la décision administrative. La décision indiquait que l'opération devait être défaite et que « l'aliénation qui en résultait pourrait, par le choix de l'acheteur, ne pas inclure tous les actifs correspondants à la capacité productive maximale de l'entreprise aliénée ». Le Syndicat a affirmé que la décision violait le principe constitutionnel du plein emploi<sup>130</sup>, étant donné qu'elle pouvait menacer l'emploi des travailleurs si l'aliénation ne comprenait pas l'ensemble des actifs.<sup>131</sup> Ce recours a été formé par le syndicat des travailleurs de façon concomitante à un autre formé par Nestlé contre la décision du CADE par excès de pouvoir. Les recours se sont poursuivis devant des juridictions différentes et même devant des États différents du Brésil. En effet, le syndicat a porté son recours devant la juridiction de l'Espírito Santo, c'est-à-dire, au siège de l'entreprise Garoto, objet de l'acquisition ; tandis que Nestlé a formé son recours auprès des juridictions de Brasília, lieu du siège du CADE.<sup>132</sup> En laissant de côté les problèmes procéduraux en cause, qui résultent du non-sens de la possibilité de saisir plusieurs juridictions pour une même affaire, le syndicat a fait preuve d'un certain activisme pour soutenir l'intérêt des salariés.

**188.** La mobilisation du syndicat à travers le recours juridictionnel contre une opération n'est pas un fait exclusivement de la Nestlé du Brésil. En effet, elle s'est présentée au sein de l'UE dans l'affaire Nestlé/Perrier de 1995, dans laquelle le syndicat des travailleurs avait vivement critiqué les obligations du cessionnaire de l'opération de concentration.<sup>133</sup>

**189.** Les syndicats peuvent être des acteurs directs en formant eux-mêmes des recours, mais ils peuvent aussi remplir une mission d'assistance, en aidant les parties dans

---

<sup>130</sup> La garantie réelle d'exercer son droit au travail.

<sup>131</sup> STJ, 8 juin 2010, Sindialimentação/ CADE et Nestlé, Affaire n. 1163560.

<sup>132</sup> Cette duplicité de recours proposés démontre que le problème d'une compétence partagée par de diverses juridictions fédérales, relationnées à différents Tribunaux Régionaux Fédéraux, affaiblit non seulement la formation de la jurisprudence comme génère aussi la possibilité pleine de conflits procéduraux par rapport au contrôle de concentrations.

<sup>133</sup> TPICE, 27 avril 1995, Comité Central d'entreprises de la Société Générale des Grandes Sources, T- 96/92 R. Comité d'établissements de la Source Perrier, Syndicat CGT de la Source Perrier, Comité Group Perrier X Commission. Le cessionnaire ne pouvait pas être responsabilisé dans le cadre du contrôle de concentration des obligations qui incombent au cédant du contrat.

leurs recours juridictionnels, cas fréquent dans l'Union européenne. Sur ce point, on peut mettre en avant l'affaire française Canal Plus de 2012, dans laquelle Vivendi et Canal Plus demandaient la suspension de la décision de l'Autorité de la Concurrence (AdIC) relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et le Groupe Canal Plus. Le Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes (SIRTI) a supporté le maintien de la décision de l'Autorité (AdIC).<sup>134</sup>

**190.** La présence syndicale tend à être valorisée, principalement lorsqu'il n'a pas pu participer à la procédure administrative. S'il n'a pas pu présenter ses informations sur le fonctionnement de l'entreprise, cela peut affaiblir la décision. Cette question sociale n'a pas fait l'objet d'autant de débats au Brésil que dans l'UE.

**191.** Une autre précision, concernant cette participation des syndicats des travailleurs, est apportée par l'affaire Canal Plus France. On peut retenir qu'il est important de porter à la connaissance des syndicats certains engagements, puisque, dès lors, ceux-ci peuvent soutenir l'entreprise ou l'Autorité de la Concurrence (AdIC) dans le suivi de ces obligations. L'idée de la promotion d'un rôle d'assistance des syndicats auprès de l'Autorité de la concurrence gagne du terrain et doit être valorisée non seulement dans la phase administrative, mais aussi dans la phase juridictionnelle.

## B) Le rôle du Ministère Public du Travail

**192.** Les intérêts collectifs des salariés, en plus de la représentation classique à travers les syndicats, peuvent être soutenus par le biais de recours judiciaires formés par une figure propre au droit brésilien : le Ministère Public du Travail.

**193.** Le Ministère Public du Travail au Brésil, le *Parquet du Travail* (MPT)<sup>135</sup> est une institution permanente, essentielle à la fonction juridictionnelle de l'État, qui est responsable

---

<sup>134</sup>CE, 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus, Affaire n. 362347.

<sup>135</sup>Article 128, I, a et b, de la Constitution Fédérale de 1988.

de la protection de l'ordre juridique, du régime démocratique et des intérêts sociaux et individuels. De plus, la loi du parquet de 1993 traite de la mission de protection des intérêts collectifs.<sup>136</sup> En ce sens, puisque la collectivité est titulaire des « biens protégés » par l'article 1 des lois de 1994 et 2011, le Ministère Public se considère comme une partie légitime pour former les recours contre les décisions administratives. Les Procureurs du Travail cherchent à accorder une protection aux droits fondamentaux et sociaux des citoyens devant les illégalités commises dans les relations de travail.<sup>137</sup>

**194.** Bien que l'impact de l'opération de concentration sur les relations de travail soit indirect, certains Procureurs du Travail pensent que le Ministère Public pourrait agir quand est vérifiée une atteinte, même potentielle, aux travailleurs.

**195.** Dans une affaire de 2013, le Ministère Public du Travail de São Paulo a saisi la Justice du Travail pour obtenir des documents confidentiels relatifs à une opération de concentration entre Citrosuco et Citrovita. Il s'agit d'une opération entre deux entreprises qui opéraient dans le marché de jus d'orange, et l'opération a été autorisée sous réserve d'engagements. Puisque ces entreprises avaient plusieurs travailleurs dans la récolte d'oranges, les Procureurs ont demandé des documents confidentiels en vue de former un éventuel recours contre la décision du CADE qui générerait, selon eux, « des licenciements en masse de travailleurs »<sup>138</sup>. Le recours pour l'obtention de ces informations a été formé directement contre le CADE, même si le Ministère Public du Travail n'a finalement pas formé de recours contre la décision au fond.

**196.** Dans le cadre de l'opération de concentration entre les compagnies aériennes GOL et WEBJET en 2013 (l'acquisition de la WEBJET par la GOL)<sup>139</sup>, le CADE avait autorisé l'opération encore une fois sous réserve d'engagements. Il n'y avait pas de clauses

---

<sup>136</sup>Loi 75/93, l'article 5<sup>ème</sup>, III.

<sup>137</sup>Au Brésil, il existe le ministère du travail en charge des politiques publiques concernant le travail, à distinguer de la Justice du travail qui connaît exclusivement des affaires ayant trait au travail. Enfin, le ministère public, où plusieurs procureurs du travail veillent au respect de la réglementation du droit du travail.

<sup>138</sup>Justice du Travail de la 15<sup>ème</sup> Région, 11 mai 2013, Ministère Public du Travail/CADE, Affaire n. 0011506-28.2013.5.15.0081.

<sup>139</sup>Justice du Travail de la 1<sup>er</sup> Région, 8 mars 2013, Ministère Public du Travail/VRG linhas aéreas SA e Webjet Linhas Aéreas SA, Affaire n. 1618/23.

dans l'engagement versant sur le maintien des emplois, mais le Ministère Public du Travail a souligné le fait que l'entreprise avait procédé à des licenciements interdits selon les engagements du CADE.<sup>140</sup> Une fois notifié pour informer à la Justice du Travail des clauses de protection de l'emploi, le CADE a indiqué ne pas avoir constaté des manquements aux engagements y compris la prohibition de licenciements de travailleurs. Le fait est que le Parquet s'est avancé pour interpréter les engagements du CADE avec l'entreprise GOL.

**197.** En France et dans l'UE, une telle intervention serait inappropriée. Des affaires de concurrence portant sur cette question de la préservation de l'emploi n'ont eu lieu qu'il y a quelques années en Europe, plus précisément dans les années 70.<sup>141</sup>

**198.** La raison d'être de l'éventuel recours est la même que celle qui anime la participation des syndicats dans l'opération de concentration. Bien que l'intervention du MPT ou la participation des syndicats puissent avoir une incidence sur le maintien ou sur l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence, il ne s'agit pas, en principe, d'un élément qui viendrait affecter les droits des travailleurs. En ce sens, leur participation pourrait être légitime, mais uniquement lorsqu'il existe un réel obstacle à la participation des syndicats ou du MPT dans la procédure administrative. En outre, le MPT peut aussi, parallèlement au CADE, vérifier la bonne exécution des engagements pris par les parties, surtout lorsque ces engagements ont trait aux relations de travail.

**199.** Enfin, on peut aussi imaginer le MPT évoquant certaines conventions collectives qui contiennent des « clauses de migration ». Ces clauses peuvent avoir un caractère impératif, obligeant toutes les entreprises qui entrent dans le champ des accords conclus par les partenariats sociaux. Mais cela est tout à faire étranger aux impacts concurrentiels de l'opération.

---

<sup>140</sup>Selon le Procureur-Général, les licenciements n'étaient pas prévus dans l'accord de fusion des entreprises. M. Camargo affirme que le MPT étudie une intervention conjointement avec d'autres secteurs du Ministère Public pour questionner le CADE. Disponible à l'URL: [www.uol.com.br/noticias/redacao/2012/12/07](http://www.uol.com.br/noticias/redacao/2012/12/07) (accédé en mai 2012).

<sup>141</sup>CJCE, 25 octobre 1977, Metro / Commission, Affaire n. 26/76.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LES ACTIONNAIRES

**200.** Les tiers internes à l'opération de concentration, qui ont un lien avec la direction des entreprises, détiennent plus d'informations sur le fonctionnement de la société pour former un recours judiciaire.

**201.** Au Brésil, selon l'article 981 du Code Civil, les personnes qui signent un contrat de société s'obligent réciproquement à contribuer (en biens ou en services) à l'exercice d'une activité économique ainsi qu'au partage des bénéfices et des pertes qui en découleraient.<sup>142</sup>

On observe au Brésil que les recours des actionnaires peuvent être formés, lorsqu'il existe des intérêts divergents entre les tiers internes. On peut indiquer les actionnaires majoritaires de la cible (A), et de manière générale les actionnaires minoritaires de l'entreprise partie à l'opération qui auraient un intérêt à la modification de la décision administrative (B).

### A) Les actionnaires majoritaires de la société cible

**202.** Au Brésil, la société cible peut être considérée comme une partie à l'opération, et peut elle-même notifier l'opération de concentration. Selon l'article 4 du règlement n° 2 du CADE relatif aux notifications, on entend par parties à l'opération, les entités directement concernées dans l'opération notifiée, dont les groupes de société.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup>En France, l'article 1832 du Code civil propose une définition similaire, et dispose que la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la Loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent également à contribuer aux pertes.

<sup>143</sup>Dans le droit de l'Union européenne et en France, l'obligation de notifier pèse sur celui qui acquiert le contrôle ou, en cas d'action conjointe d'entreprises, à toutes ces dernières. Dans l'UE, les concentrations doivent être notifiées conjointement par les entreprises d'une fusion ou à l'établissement du contrôle en commun. Dans les autres cas, la notification doit être présentée par la personne ou l'entreprise qui acquiert le contrôle de

**203.** On peut retrouver des recours juridictionnels des actionnaires de l'entreprise cible de l'opération dans des hypothèses de conflit des actionnaires ou lorsque la société cible agit en soutien à la société absorbante.

**204.** Dans l'affaire CSN/USIMINAS de 2011, on a pu observer que la CSN avait acheté en bourse les actions de son concurrent, l'USIMINAS. L'opération a été autorisée moyennant des restrictions. Il s'agissait d'un mouvement embryonnaire vers une offre hostile qui a été empêché. On touche ici au marché en acier, très concentré, et n'ayant plus que trois concurrents. Pendant l'accomplissement des engagements, l'USIMINAS a formé un recours contre le CADE, en raison de quelques flexibilisations des engagements signés. L'USIMINAS indiquait sa condition de société cible de l'opération analysée par le CADE. Le juge a considéré légitime la société cible pour former des recours.

**205.** La participation des tiers internes dans la formation des recours juridictionnels peut être objet d'une stratégie. Le tiers peut bien attendre que le recours de la partie concernée à l'opération échoue, pour en présenter un autre. En France, dans l'affaire Pernod-Ricard/Coca Cola, la société cédante (Pernod Ricard) a finalement décidé de former un recours pour excès de pouvoir postérieurement à l'échec du recours de la *Coca Cola Company*<sup>144</sup>, qui avait notifié l'opération. Il s'agissait de la cession de droits de la marque Orangina interdite par le Ministre de l'Économie.

**206.** Les recours juridictionnels des tiers internes peuvent avoir lieu tant dans les affaires où il y a convergence des intérêts, que lorsque les autres actionnaires de l'entreprise cible veulent faire prévaloir un intérêt contraire aux actionnaires requérants à l'opération.

---

l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs entreprises. (Article 4, 2, du Règlement 139/2004). En France, selon l'article L.430-3 du Cod. Com, l'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement. Le contenu du dossier de notification est fixé par décret.

<sup>144</sup>CE, 6 octobre 2000, Pernod-Ricard, 216645.

## B) Les actionnaires minoritaires des sociétés concernées

**207.** Dans la phase administrative du contrôle des concentrations, on observe que les actionnaires minoritaires contestent souvent les décisions prises par la direction de l'entreprise. La contrariété de leurs intérêts constitue le fondement de leur recours.<sup>145</sup>

**208.** La justice brésilienne a jusqu'alors pu trancher uniquement des recours juridictionnels formés sur la contestation par des actionnaires minoritaires d'une opération de concentration. Cette situation, toutefois, est connue dans le droit de l'UE et en France. Cela peut ainsi faire surgir une éventualité de contentieux au Brésil, compte tenu de l'existence de participation de ces actionnaires à la phase administrative.

**209.** Dans l'affaire CJCE Zunis Holding contre Commission de 1993, les actionnaires minoritaires d'une entreprise concernée ont formé un recours juridictionnel pour demander l'annulation d'une lettre de la Commission confirmant que l'opération en cause n'était pas une concentration. Ils voulaient l'examen de l'opération comme une concentration et cherchaient à empêcher la réalisation de la montée du capital d'un actionnaire, ce qui risquait d'affecter l'étendue de leurs droits. En l'espèce, la décision de la Commission de ne pas envisager cette montée du capital comme une opération a poussé les actionnaires minoritaires à former ce recours juridictionnel. L'argument était que leurs participations propres s'en trouverait diluée si la concentration pouvait être autorisée sans l'examen préalable des droits patrimoniaux, de ce qu'ils croyaient être une concentration.<sup>146</sup>

**210.** En France, dans l'affaire Société France Antilles (Groupe Hersant Media) de 2007, les actionnaires minoritaires avaient formé un recours contre une décision du Ministère de l'Économie, qui autorisait sans réserve l'opération de concentration. Les actionnaires

---

<sup>145</sup>Au Brésil, par exemple, dans une affaire du CADE du 1 juillet 2014 dite Araucania Participações Ltda 08700.002772/2014-04, il y a eu une tentative de blocage de l'analyse administrative en raison du fait que des personnes qui se disaient actionnaires de la société remettaient en question la résolution de leurs droits patrimoniaux avant la délibération du CADE sur l'opération.

<sup>146</sup>TPICE, 28 octobre 1993, Zunis Holding e.a. / Commission, T-83/92. CJCE, 11 janvier 1996, Zunis Holding e.a. / Commission, C-480/93 P.

minoritaires arguaient du fait que la décision d'autorisation avait impacté négativement leurs droits.<sup>147</sup> Le recours a été considéré recevable par le Conseil d'État qui a annulé la décision attaquée pour erreur de qualification juridique.

**211.** Au-delà du débat sur la recevabilité ou non de ces recours, il faut remarquer que cette jurisprudence de l'UE et de la France pourra se présenter au juge brésilien dans les mêmes conditions très prochainement, surtout sous le régime de contrôle préalable, où les tiers sont protagonistes des recours. Ce contentieux ne devra plus tarder à se présenter, au vu de la tendance à l'accroissement de l'implication des actionnaires minoritaires dans la phase administrative.

## Section II –Tiers externes

**212.** Dans la classification proposée par Madame Idot, les tiers externes se présentent comme « distants » des entreprises objet de l'opération. La distance toutefois ne les laisse pas moins actifs pour la formation des recours. Alors même qu'ils ne sont pas *a priori* directement concernés par l'opération, il faut envisager les recours qu'ils sont susceptibles de former : de façon autonome ou en appui d'un recours existant.

**213.** Les tiers externes en règle forment leurs recours juridictionnels contre les décisions de contrôle de concentration lorsqu'on observe des opérations avec l'impact concurrentiel substantiel pour le marché. Le juge doit aussi être vigilant contre les actions déloyales des tiers qui peuvent former des recours pour « laisser en suspense » la décision administrative. Encore plus en raison d'observer la durée de la procédure.

Les tiers les plus importants interviennent à des stades différents de la procédure administrative et judiciaire ; ce sont les concurrents (§ 1<sup>ER</sup>), les clients et les associations des

---

<sup>147</sup>CE, 31 janvier 2007, Société France Antilles, 294896.

consommateurs (§ 2<sup>ÈME</sup>), dont les recours sont particulièrement controversés en matière de contrôle de concentration.

## § 1<sup>ER</sup> – LES CONCURRENTS

**214.** Il existe deux sortes de concurrents : directs et indirects. Les concurrents directs sont ceux qui vendent des produits ou des services similaires. Les concurrents indirects vendent des produits et des services différents mais dans certaines circonstances interchangeables du point de vue des consommateurs.

**215.** Selon M. Gérardin et M. Petit, « dans l’UE, la question des recours en annulation formés par des concurrents présente un intérêt dans la mesure où une ouverture trop grande des conditions de recevabilité du recours en annulation permettrait également à des opérateurs de porter atteinte à leur concurrents en contestant, par exemple, une décision par laquelle la Commission approuve une concentration qui génère de substantielles efficiences, ou rejette une plainte introduite à l’encontre de comportements agressifs parfaitement licites »<sup>148</sup>.

**216.** Proportionnellement, tant au regard de la quantité d’opérations autorisées que de celles interdites, les concurrents directs ont tendance à former davantage de recours juridictionnels contre les décisions administratives.

Au Brésil, la participation des concurrents directes est plutôt envisagée dans la phase administrative. Pourtant, une telle hypothèse pourrait prochainement se présenter au juge brésilien, aussi bien au regard de la maturité du contentieux que de l’expérience vécue au

---

<sup>148</sup>M. D. GERADIN et M. N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l’ère postmodernisation », The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 06/05, p. 21.

sein de l'UE. Il faut observer donc ce que pourra être ce contentieux par rapport aux concurrents directs (A) et par rapport aux concurrents indirects (B).

#### A) Les concurrents directs

**217.** L'absence de contentieux juridictionnel formé par des concurrents directs au Brésil jusqu'à présent peut être expliquée par deux raisons. La première correspond au régime de la loi de 1994. On a pu observer que dans le système antérieur, les opérations étaient déjà réalisées. Il n'y avait pas d'incitation des tiers à former un recours, considérant les difficultés de renverser une telle opération et les coûts inhérents à la procédure juridictionnelle. Le changement vers l'analyse préalable est encore récent : moins de 6 ans. La seconde raison concerne la réputation des bonnes décisions du CADE. S'il s'agit d'une décision techniquement solide qui sera contestée, les chances de succès du concurrent sont faibles.

**218.** L'idée des concurrents directs qui forment les recours contre les décisions du CADE, toutefois, peut être certainement l'avenir proche des recours juridictionnels, compte tenu de la participation accrue des concurrents directs dans les recours déjà formés dans les pays qui ont adopté le contrôle préalable. L'objet des recours formés par les concurrents portent sur des aspects déjà discutés à présent au Brésil, ce qui peut renforcer l'idée d'une participation dans l'avenir.

**219.** En France, par exemple, l'affaire M6 a traité des observations éventuelles des tiers intéressés et de leur rôle dans la procédure. De plus, on parle des erreurs d'évaluation de l'autorité sur les effets de l'opération sur le marché.<sup>149</sup> Dans l'affaire Fiducial Informatique, l'annulation de la décision du Ministre de l'Économie par le Conseil d'État a eu lieu après un recours formé par un concurrent direct en raison d'une erreur d'évaluation

---

<sup>149</sup> CE, 27 juin 2007, M6, 278652.

sur la rivalité des sociétés dans le marché en cause.<sup>150</sup>

**220.** Ce qui pourra être discuté est l'exigence européenne que le concurrent soit directement et individuellement concerné. Selon l'article 263, quatrième alinéa, du TFUE, une personne physique ou morale ne peut former un recours contre une décision adressée à une autre personne que si cette décision la concerne directement et individuellement. Ces observations concernent, principalement, l'appréciation des effets de la concentration sur les différents marchés géographiques et de produits, ainsi que l'appréciation de l'efficacité de la décision ou des engagements.<sup>151</sup>

**221.** Le point le plus important que l'on peut retenir au Brésil est l'exigence européenne que le concurrent soit directement et individuellement concerné. Si au Brésil la facilité de saisine est nette, cela pourra éviter des actes de concurrence déloyales.

## B) Les concurrents indirects

**222.** Au Brésil, on a déjà eu un exemple de participation des concurrents indirects dans les recours judiciaires, en soutien à la décision administrative lors d'un recours qui a été formé par les parties concernées contre la décision du CADE.

**223.** L'opération GNL/Gemini, comme on l'a vu, concernait une *joint-venture* entre le fournisseur exclusif du gaz naturel, Petrobras, et l'entreprise White Martins, qui transformait le gaz naturel en gaz liquéfié. En raison de la réglementation en vigueur, le fournisseur Petrobras n'était pas autorisé à exercer une activité de vente. Comme on a pu le constater, l'opération de concentration a été approuvée sous réserve de restrictions unilatérales par le CADE, concernant la transparence sur la formation des prix pratiqués par Petrobras vis-à-vis de sa *joint-venture* avec Gemini. Le concurrent indirect, Comgás, qui vendait exclusivement du gaz naturel, a soutenu le CADE dans le recours formé par Gemini

---

<sup>150</sup> CE, 20 juillet 2005, Fiducial Informatique et Fiducial Expertise, affaire 279180

<sup>151</sup> Voir l'affaire T-114/02, 3 avril 2003 BaByliss / Commission, TPICE.

contre la décision administrative.<sup>152</sup> La société Comgás a présenté au juge juridictionnel une étude complémentaire qui renforçait la décision du CADE. Grâce à Comgás, qui était en aval de la chaîne de production, on a compris qu'une transparence sur la formation des prix pratiqués par Petrobras était essentielle vis-à-vis de sa *joint-venture*, GNL/Gemini.

**224.** La participation des concurrents en soutien de la décision administrative doit être traitée de manière prudente. La participation semble être plus acceptée lorsqu'on exige des documents et des études supplémentaires pour le maintien de la décision du CADE. Au contraire, elle peut aussi avoir des effets pervers lorsque la participation du concurrent est exclusive dans le soutien de son intérêt privé, aux dépens de l'intérêt général.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LES CLIENTS ET LES CONSOMMATEURS

**225.** On constate que les clients et les consommateurs sont aussi des tiers externes. Les clients ont des liens immédiats avec des entreprises, et les effets d'une opération sont fort ressentis par eux. De plus, dans la globalisation des marchés, les consommateurs jouent un rôle important vis-à-vis de la concurrence. Aujourd'hui, le consommateur défend la possibilité d'interagir avec l'entreprise. La relation est devenue interactive. Le consommateur est de plus en plus informé et veut l'accès aux réseaux de contrôle des concentrations. À cet égard, dans la jurisprudence, on peut recenser des affaires qui ont trait à ces recours formés contre les opérations de concentration.

On peut avoir des recours non seulement des entreprises clientes des sociétés concernées par l'opération (A), mais également des consommateurs qui, généralement, font valoir leurs intérêts par le biais d'associations de consommateurs (B).

---

<sup>152</sup>JFDF, 20 juin 2014, GNL, Affaire n. 2007.34.00.005245-0.

A) Les entreprises clientes

**226.** Les entreprises sont dites clientes des parties concernées à l'opération lorsqu'on peut identifier des relations d'achat et de vente de produits et services.

**227.** Dans la phase administrative du contrôle, ces clients sont consultés par le CADE, qui demande des informations sur la réalité concrète du marché en cause, pour faciliter l'instruction administrative du dossier. La connaissance de ce qui se passe dans le marché est l'aspect le plus important pour éviter des analyses imprécises sur le fonctionnement et sur l'impact de l'opération sur le marché.

**228.** En considérant cette connaissance sur le marché, on envisage la participation des clients pour former des recours non seulement contre l'autorisation d'une opération, mais également en ce qui concerne les engagements pris dans le cadre de l'autorisation d'une concentration. On a déjà constaté que les engagements seront le contentieux en contrôle des concentrations dans l'avenir.

**229.** Il convient d'illustrer cette idée de recours des clients formés au Brésil. L'association des distributeurs de boissons Ambev dans l'État de São Paulo a indiqué que la fusion des entreprises Brahma et Antartica, qui a créé la société Ambev, avait généré un accroissement des parts de marché d'Ambev qui s'est révélé problématique pour eux. La situation s'est aggravée par le renouvellement de leur contrat avec Ambev. Les distributeurs arguaient du fait que le CADE et Ambev étaient responsables de leur préjudice.<sup>153</sup>

**230.** Très récemment, on a vu un recours de client dans l'affaire Bureau de credito de 2017.<sup>154</sup> L'opération versait sur une *joint-venture* des banques au Brésil qui a créé le « bureau

---

<sup>153</sup>TRF3, 1 mars 2012, Ambev São Paulo, Affaire n. 2005.61.00.025506-2/SP.

<sup>154</sup>JFDF, 1 février 2017, CACB, Affaire n. 1009784-42.2016.4,01.3400.

de credito » pour l'obtention des informations de conformité de crédit par les consommateurs des services des banques. Puisqu'il s'agissait d'une intégration verticale, le CADE a pris l'engagement de non-discrimination entre la *joint-venture* et d'autres concurrents du marché d'aval. La Confédération des Associations Commerciales et Entrepreneuriales du Brésil a formé le recours qui visait à rendre public tous les engagements pris par le Bureau de crédit dans le cadre de l'opération de concentration.

**231.** Il convient aussi d'observer la situation en Europe, pour faire le parallèle avec ce qui se passe au Brésil. Dans l'affaire *Wirtschaftskammer Kärnten* du TPICE de 2006, l'organisme de droit public autrichien *Wirtschaftskammer Kärnten*, chargé de représenter dans les affaires de concurrence les intérêts - en l'espèce des distributeurs d'énergie - a formé un recours contre des effets directement préjudiciables qui pourraient résulter de l'opération de concentration entre les sociétés *Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG* et *EnergieAllianz*.<sup>155</sup> Pour le Tribunal, l'une des hypothèses dans lesquelles une association d'entreprises, qui n'est pas la destinataire de l'acte attaqué, est individuellement concernée par celui-ci, se présente précisément lorsque l'association a un intérêt propre à agir, notamment parce que sa position de négociatrice a été affectée par l'acte dont l'annulation est demandée.

**232.** Ces affaires, à la fois au Brésil et en Autriche, mettent en avant la réalité pour les entreprises clientes de former un recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence qui leur serait préjudiciable en pratique.

## B) Les associations de consommateurs

**233.** Selon l'article 2 du Code de Défense des Consommateurs du Brésil, le consommateur est défini comme toute personne physique ou morale qui acquiert des produits

---

<sup>155</sup>TPICE, 18 septembre 2006, *Wirtschaftskammer Kärnten et best connect Ampere Strompool* / Commission, T-350/03.

ou utilise des services en tant que destinataire final. En règle, les reproches des consommateurs contre les opérations de concentration sont liés à la possibilité d'une augmentation des prix qui aurait découlé de l'opération.<sup>156</sup>

**234.** Au Brésil, jusqu'à présent, on n'a pas pu envisager les associations de consommateurs former des recours juridictionnels contre des décisions de l'Autorité de concurrence en matière de contrôle des concentrations. Deux raisons expliquent cette situation. Premièrement, les consommateurs sont davantage enclins à agir contre les produits et services qui s'avèreraient défectueux lors de leur utilisation. En second lieu, les coûts de formation de recours (avocats, études économiques) restent prohibitifs et constituent une barrière effective pour les associations de consommateurs.

**235.** La récente réforme brésilienne du Code de Procédure Civile (NCPC) peut faciliter la participation de ces associations via la procédure d'*amicus curiae*. Les informations apportées par les associations peuvent être prises en compte si elles contribuent positivement à la résolution de l'affaire, en aidant le juge à trancher le cas qui lui est soumis.<sup>157</sup>

**236.** Il est cependant nécessaire d'observer que la simple éventualité de formation de ce type de recours doit être regardée en tant que telle, et surtout de la mettre en parallèle avec ce qui se passe en France et dans le droit de l'Union.

**237.** Le droit français n'est pas favorable à des recours formés par des associations

---

<sup>156</sup>Journal Folha de São Paulo. Mercado Indústria s'est plaint d'une concentration dans le centre commercial de São Paulo. Traduction libre. « La création d'un géant de plus dans le secteur des centres commerciaux à partir de la fusion des chaînes 'Insinuante' et 'Ricardo Eletro' va diminuer le pouvoir de négociation des acteurs de l'industrie. Cette fusion entre chaînes de taille moyenne était toutefois attendue par le secteur, depuis la fusion du groupe Pão de Açúcar avec les chaînes Ponto Frio et Casas Bahia l'année dernière. Il existe aujourd'hui une situation de marché où la concurrence est intense entre les chaînes qui commercialisent des produits considérés comme des commodités, comme l'électroménager. Une manière de gagner plus d'argent est d'augmenter sa part de marché, puisque les prix de ces produits sont connus des consommateurs », affirme Cláudio Felisoni, président du Conseil du Provar-FIA (Programme d'Administration de Centres Commerciaux de la Fondation Institut d'Administration).

<sup>157</sup>Article 138, de la loi n° 13.105/2015.

de consommateurs en contrôle des concentrations.<sup>158</sup> Au droit de l'Union, l'Association Belge des Consommateurs d'Énergie a formé un recours judiciaire et a indiqué des problèmes de compatibilité d'une opération avec le marché commun (Affaire COMP/M.5549 – EDF/Segebel).<sup>159</sup> Le recours s'est vu frappé d'irrecevabilité, surtout parce que cela portait sur le fond de l'opération.

**238.** Si pour la formation des recours la participation des consommateurs semble être un inconvénient, comme on l'a déjà constaté dans le droit français et de l'Union européenne, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de supporter le CADE ou même d'autres entreprises dans des recours déjà formés.

**239.** On peut s'assurer que l'idée de la loi brésilienne concernant le partage obligatoire avec les consommateurs des bénéfices de l'opération fera que les juges réfléchiront différemment sur l'ampleur de la participation des consommateurs dans les recours juridictionnels. Et peut-être que la solution française ne soit pas reproduite au Brésil.

---

<sup>158</sup>Il tend à être favorable vis-à-vis de la participation des associations de consommateurs à l'action judiciaire en pratiques anticoncurrentielles. Les recours sont facilités si les associations font déjà partie de la procédure administrative, bien qu'elles ne puissent pas former de recours en annulation des décisions de l'Autorité de la concurrence. L. IDOT, « Le rôle des consommateurs dans le public enforcement », in *New frontiers of antitrust*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 105-122.

<sup>159</sup>TJUE, 12 octobre 2011, ABSL, T-224/10I. Le Tribunal avait signalé que la décision d'autorisation de concentration vis-à-vis des consommateurs était liée à la possible augmentation des prix de l'électricité et du gaz. De plus, cela concernerait tous les consommateurs résidents dans le marché géographique et atteints de manière égale. Ainsi, la décision ne remplissait pas la condition d'individualisation prévue à l'article 263, alinéa 4, du TFUE.

## **CONCLUSION DU TITRE I DE LA PREMIÈRE PARTIE**

La conclusion de ce titre est que l'on a un contentieux au Brésil plus ample que celui de la France et de l'Union européenne. Même si les affaires ne sont pas nombreuses, la possibilité de considérer recevables les décisions finales et les actes accessoires augmente le contentieux potentiel.

Les recours juridictionnels contre les décisions finales ne suscitent pas de débat dans les juridictions. D'autre part, on voit augmenter l'examen par le juge des engagements au détriment des actes unilatéraux du CADE. Les affaires brésiliennes les plus récentes sont celles qui traitent des engagements et non d'actes unilatéraux. Cela rapproche le juge du droit économique et le distancie du droit administratif. Il sera nécessaire, chez le juge brésilien, de comprendre l'ampleur et le contenu des clauses des engagements. Ceux-ci devront être analysés plutôt dans son but, et moins dans sa forme.

Le point remarquable au Brésil est celui de la possibilité de former des recours contre les actes administratifs intermédiaires. La solution adoptée en France et dans l'Union Européenne, celle de l'irrecevabilité par rapport aux recours dont les effets ne se sont pas créateurs de droits pour les parties, peut être une solution à envisager au Brésil.

Toutefois, on doit considérer que la facilité de saisine du juge fera que les actes intermédiaires soient aussi objet des recours.

Pour les intéressés qui forment ou participent aux recours, l'exigence de liens directs avec l'opération et l'effective contribution pour trancher le problème concurrentiel doivent être les aspects principaux. Si les tiers jusqu'à présent n'ont pas formé plusieurs recours, on voit que la nouvelle loi, qui exige une notification préalable des opérations, peut changer le cadre actuel, pour lequel les requérants sont les plus actifs en ce qui concerne les recours juridictionnels.

## TITRE II –LES TYPES DE PROCÉDURE

**240.** Les recours formés dans le système de 1994 ont permis d'identifier quelques aspects positifs, mais surtout les obstacles rencontrés dans la procédure de contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil. Les principaux inconvénients peuvent être considérés : les diverses phases ; les recours multiples formés contre les décisions juridictionnelles intermédiaires et finales ; et la durée de la procédure. Indéniablement, le déroulement n'est pas adapté à la matière et se présente comme une contrainte à la prise d'une décision rapide.

**241.** Le problème d'un temps d'attente trop long des jugements, par exemple, est une inquiétude au Brésil, mais cela trouve aussi écho dans les juridictions de l'Union européenne. À l'heure actuelle, le plaideur est découragé de recourir à la justice, qui est discréditée par sa lenteur. Ce point est décrié par le Professeur J. RIVERO qui souligne « [...] *Il y a une lenteur nécessaire pour que le procès soit sérieux [...] mais il y a une lenteur abusive* »<sup>160</sup>.

Plus qu'une adaptation des procédures ou qu'un effort de gestion, la prise en compte de l'urgence nécessite une rénovation de l'office du juge, lequel doit pouvoir suspendre des illégalités manifestes et protéger l'exercice des droits fondamentaux grâce à des mesures conservatoires. Dans les situations d'urgence, le temps du juge converge vers celui des décideurs publics et son rythme s'aligne sur celui de l'action publique, alors qu'en temps ordinaire, le juge de l'administration se prononce à bonne distance de celle-ci. En outre, son intervention doit être plus ciblée, plus souple et être attentive aux circonstances particulières et changeantes de chaque affaire.<sup>161</sup>

**242.** Globalement, pour toute affaire jugée qui ne suit pas une procédure appropriée et dont la durée est trop longue, cela devient une véritable gêne, encore plus lorsqu'il s'agit

---

<sup>160</sup>J. RIVERO, « L'administration et le fonctionnement de la justice en Europe », Rapport de synthèse, AEAP, CNRS, 1991.

<sup>161</sup>J.-M. SAUVÈ, « L'urgence devant le Conseil d'Etat : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux », Séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) / International Association of Supreme Administrative Jurisdictions (IASAJ), Varsovie, le 23 septembre 2014. Disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-urgence-devant-le-Conseil-d-Etat-procedures-methodes-de-travail-et-defis-nouveaux> (accédé en mai 2019).

d'opérations de concentrations.

À cette fin, il est indispensable de délimiter les contours de la procédure ordinaire, en présentant les phases qui doivent être suivies, dans l'ancien système et aussi dans la loi en vigueur (Chapitre I), afin d'apprécier par la suite le rôle essentiel des procédures de référé d'urgence au Brésil, qui ont vocation à raccourcir ce délai des jugements, et qui par conséquent sembleraient être mieux adaptées au contrôle des concentrations (Chapitre II).

## CHAPITRE I – LA PROCÉDURE ORDINAIRE

**243.** La procédure ordinaire de juridiction civile est celle utilisée au Brésil dans les recours formés en matière de contrôle des concentrations. À quelques exceptions près, l'ensemble des règles procédurales applicables aux recours contre la décision du CADE devant le juge sont prévues dans le Code de Procédure Civile.<sup>162</sup>

**244.** L'application des règles générales apporte des difficultés parce que celles-ci ne sont pas adaptées aux nécessités d'un contrôle de concentrations. Les phases et les règles font que la décision du juge sont rendues trop tardivement, sans adhérence aux exigences du marché. L'évolution constante et rapide du marché ne permet pas de prendre le risque de retarder la définition sur une opération de concentration.

**245.** Au Brésil et dans l'Union européenne, les procédures judiciaires trop lentes sont le principal problème des recours judiciaires. Mais la différence dans la durée entre les deux juridictions est remarquable. Au Brésil, il n'est pas rare d'être confronté à des affaires d'une durée pouvant aller jusqu'à 8 ans avant l'obtention d'une solution.<sup>163</sup> En ce qui concerne l'Union européenne, selon les statistiques judiciaires de l'année 2012, une décision du Tribunal de l'Union européenne prenait en moyenne 24,8 mois.<sup>164</sup> Il en découle qu'un arrêt d'annulation d'une décision interdisant une concentration de la Commission, était privé de tout effet pratique, dans la mesure où les entreprises intéressées ne pouvaient pas se permettre de patienter un délai aussi long pour mettre en œuvre un projet de concentration qui avait été interdit à tort.<sup>165</sup>

Pour comprendre les particularités brésiliennes de la procédure ordinaire, il faut s'intéresser au déroulement de la procédure (Section I), et à la décision dans la procédure

---

<sup>162</sup>Art 115, de la Loi 12.529/11.

<sup>163</sup>Justiça em Números 2017 : ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

<sup>164</sup>Rapport annuel 2012, Cour de Justice de l'Union Européenne.

<sup>165</sup>D. GERADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 06/05, p. 36.

(Section II).

## **Section I – Le déroulement de la procédure**

**246.** Les recours formés au Brésil dans la procédure ordinaire commencent par la présentation d'une pétition et des documents qui justifient l'existence de l'affaire. Ensuite on fait la remise de l'assignation à l'adversaire.

Deux points se révèlent plus intéressants et impactent la définition de l'affaire concurrentielle. Ce sont deux audiences qui peuvent avoir lieu avant la décision du recours : on a la possibilité d'une conciliation, pour chercher un règlement à l'amiable (§ 1<sup>ER</sup>) ; et la possibilité d'avoir l'avis d'un expert qui rend son opinion au juge sur la décision administrative (§ 2<sup>ÈME</sup>).

### § 1<sup>ER</sup> – L'ESSAI DE CONCILIATION DES PARTIES

**247.** Les règles procédurales qui permettent un mode alternatif de règlement de litiges sont toujours plus développées car elles peuvent raccourcir le délai d'examen des affaires. Il s'agit de trouver des solutions négociées qui tentent effectivement de bonne foi de trouver une solution, comme l'arbitrage ou la conciliation.

**248.** Au Brésil, la conciliation est une politique adoptée par le Conseil National de Justice (organe administratif du STJ qui veille aux nécessités administratives de la Justice)

depuis 2006. Cela est un objectif du juge<sup>166</sup>, malgré le fait que l'on puisse la considérer contraire à l'idée que la décision finale en contrôle des concentrations sera celle administrative.

**249.** Le Code de Procédure Civile fait même appel à l'obligation du juge d'essayer de concilier les parties d'un recours juridictionnel. Ces caractéristiques de la procédure affectent naturellement la procédure de contrôle des concentrations.

Si pendant le système de la loi de 1994 le Code de Procédure Civile suggérait une conciliation facultative sur le fond pour les affaires (A), l'arrivée du nouveau Code de Procédure Civile peut apporter une solution négociée pour la procédure, de sorte que la conciliation peut être un moyen procédural pour raccourcir le temps de procédure (B).

#### A) La conciliation facultative de la loi de 1994

**250.** Sous le régime de la loi de 1994, le juge pouvait essayer de concilier les parties à tout moment de la procédure. Il pouvait donc convoquer les parties à des audiences qui avaient pour objectif de résoudre le litige à l'amiable. Selon l'article 359 de l'ancien Code de Procédure Civile, le juge tentait de concilier les parties avant même d'entamer l'instruction de la procédure.

**251.** L'idée de trancher le litige via un mode consensuel de résolution des conflits peut s'avérer fructueux, mais une telle démarche n'est pas toujours appropriée en fonction des caractéristiques des décisions administratives en contrôle de concentrations. Dans un cas de contrôle des concentrations, le recours à une audience de conciliation au Brésil n'est qu'une étape de plus pour la procédure et est même contraire à la loi de concurrence. En ce qui concerne l'étape de plus, on observe que, mis à part au début du système de 1994, lorsque l'acte unilatéral prévalait, les décisions unilatérales au Brésil n'avaient lieu qu'après une

---

<sup>166</sup> Il s'agit d'un but du Pouvoir Judiciaire pour l'année 2018 de concilier au minimum 2% des recours. Et on n'indique pas si cela n'est pas applicable à certaines affaires. [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br).

tentative de faire signer des engagements. Ainsi, si la « conciliation » a déjà été tentée dans la branche administrative, elle n'est pas la solution pour répondre aux contestations des entreprises sur les restrictions dans les opérations de concentration. Elle servira pour prolonger la procédure. Quant à la légalité de la conciliation, l'article 10, IV de la Loi 8.884/94 prévoyait que le recours aux accords de conciliation devant le juge n'étaient possibles que pour les procédures relatives aux infractions contre l'ordre économique. Et même pour les infractions, l'accord ne pourrait être accepté qu'après la délibération du collège du CADE.

Néanmoins, on peut faire référence au Brésil à deux tentatives de conciliation vis-à-vis des recours formés contre des décisions du CADE.

**252.** Dans l'affaire Nestlé/Garoto de 2005<sup>167</sup>, le Ministère Public Fédéral – qui agit comme un défenseur de la loi dans toutes les affaires menées devant un juge - avait suggéré un accord entre l'entreprise et le CADE. Le juge avait en conséquence autorisé une audience de conciliation. La conciliation, bien évidemment, n'a pas pu être mise en œuvre puisque le CADE a fait valoir qu'il ne pouvait pas négocier une conciliation devant le juge.

**253.** Le même constat fut établi dans l'affaire Bompreço de 2008. Le CADE avait déterminé la vente des actifs pour autoriser l'opération, et le juge a essayé d'envisager une solution intermédiaire.<sup>168</sup> Le point commun dans ces deux affaires est qu'on avait une détermination de vente des actifs objets de l'opération, et la décision amiable impliquait le changement du remède entendu comme approprié par le CADE.

**254.** On peut observer très clairement la suite des règles ordinaires d'une procédure civile par le juge, alors qu'elles n'étaient pas appropriées pour le fond d'une décision administrative en contrôle de concentration.

**255.** En somme, le pouvoir discrétionnaire du juge qui suit la procédure civile de droit

---

<sup>167</sup> CADE, 4 Février 2004, Nestlé Brasil Ltda c/ Chocolates Garoto, Affaire n° 08012.001697.2002-89.

<sup>168</sup> CADE, 17 décembre 2003, BR Participações e Empreendimentos S.A./G. Barbosa & Cia. Ltda, Affaire n° 08012.006976/2001-58.

commun ne fait qu'apporter un poids supplémentaire dans le traitement des affaires de concentration qui s'étendent sur de longues périodes sans prendre en compte les caractéristiques spécifiques du contrôle des concentrations.

B) La « négociation procédurale » de la loi de 2011

**256.** Le nouveau Code de Procédure Civile Brésilien (NCPC), en vigueur depuis le 18 mars 2016<sup>169</sup>, encourage le recours à une audience de conciliation ou de médiation. Le NCPC adopte la règle générale selon laquelle le défendeur à un procès est assigné à comparaître à l'audience de conciliation. L'assignation doit être délivrée 20 jours au moins avant la date de l'audience. Le seul cas où l'audience de conciliation n'a pas lieu est lorsque le demandeur ainsi que le défendeur manifestent expressément leur désir d'aller au-delà de la composition consensuelle qui ne les satisfait pas. Cela peut avoir lieu au moins 10 jours avant la date prévue de l'audience, ou lorsqu'il n'y aura pas de possibilité d'auto-composition<sup>170</sup> (article 343, § 4, I et II NCPC). Le NCPC instaure la mise en place quasi automatique de ces audiences de conciliation.

**257.** Lorsqu'on observe les incitations de la Justice aux conciliations, on se rend compte que plus de 11,9% des décisions des juges en 2016 ont été des homologations des accords entre les parties.<sup>171</sup>

**258.** Il est à noter, toutefois, une innovation importante, en droit brésilien, introduite dans le NCPC à l'article 190 que l'on pourrait nommer « négociation procédurale ». En vertu de cette règle, les parties peuvent négocier contractuellement des changements, non seulement avant la formation des recours, mais aussi lors de la procédure, pour adapter celle-ci aux spécificités de leur demande. En effet, l'article 190 NCPC précise que pour certains

---

<sup>169</sup> Loi n°13.105 du 16 mars 2015, le Code de Procédure Civile.

<sup>170</sup> L'auto-composition est un mode alternatif de règlement des conflits opéré spontanément par les parties elles-mêmes.

<sup>171</sup> Justiça em Números 2017 : ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017.

droits, l'auto-composition est admise, et permet aux parties, capables, de stipuler des changements dans la procédure afin de l'ajuster aux singularités de l'affaire. Les parties pourront disposer, par exemple, sur la charge de la preuve, l'inversion des étapes procédurales et sur le choix de la section judiciaire en charge d'examiner l'affaire. D'office ou sur requête, le juge contrôlera la validité de la convention passée. Le juge refusera l'application de la convention et en prononcera la nullité en cas d'insertion des clauses abusives ou contraires à l'ordre public, ou lorsqu'une partie se montrera particulièrement vulnérable.

**259.** La mise en exécution de la « négociation procédurale » peut faciliter la suite du recours et permettre de réduire le temps de traitement de l'affaire, mais aussi en profitant des audiences de conciliation pour discuter et décider de la procédure négociée.

On n'a pas pu observer jusqu'à présent une telle négociation, mais cela serait désirable pour faire avancer plus rapidement les démarches procédurales.

## § 2<sup>ÈME</sup> – L'EXPERTISE DANS LES RECOURS JURIDICTIONNELS

**260.** La complexité des analyses menées par le juge vient du fait que les décisions du contrôle de concentrations rassemblent les raisonnements juridique et économique. En ce sens, le contentieux juridictionnel va opérer une qualification économique des faits.

**261.** En ce qui concerne les affaires européennes, M. Legal affirme : « comment un juge pourrait-il se prononcer sur la chute d'un pont ou sur un accident thérapeutique dans un hôpital sans faire appel à des experts ? »<sup>172</sup>. En ce sens, pour renforcer la conviction du juge sur la correction de l'évaluation administrative de l'opération, l'expertise est un élément de

---

<sup>172</sup> H. LEGAL, « Le juge et les instruments d'analyse économique », Revue de la concurrence et de la consommation, n° 134, 2003, p. 16 et s.

preuve additionnel sollicité par les parties.

**262.** Au Brésil, les parties devront justifier leur demande d'expertise en exposant leurs besoins. En tout état de cause, la décision finale d'ordonner une expertise revient au juge. Le nouveau Code au Brésil prévoit quelques types d'expertise. L'article 464, § 3 du NCPC permet une expertise simplifiée, au cours de laquelle l'expert sera consulté sur les points controversés du litige. L'article 471 autorise une expertise choisie d'un commun accord par les parties du recours juridictionnel. Enfin, l'article 477 parle de l'audience de clarification du rapport de l'expert.

**263.** Le rôle de l'expert est bien différent si l'on compare les systèmes de 1994 et de 2011. En prenant en compte les exemples de participation des experts au Brésil, il est possible de constater que l'on passe dorénavant de l'analyse empirique des opérations réalisées sous la loi de 1994 (A), à l'analyse prospective dans la Loi de 2011 (B), dont l'expert devient presque un Commissaire de l'autorité de concurrence.

#### A) L'analyse empirique

**264.** Les opérations qui ont été objet de recours juridictionnels sous le régime de 1994 arrivaient au juge plus de 3 ans après la réalisation de l'opération. Dans ce cas, l'idée d'avoir un expert était plutôt de constater l'existence réelle des effets nuisibles à la concurrence prévus et signalés par l'autorité au moment de la décision.

**265.** On a vu l'appel à des experts dans les recours formés au Brésil pour identifier si les raisons qui avaient motivé le CADE à imposer des restrictions à l'opération étaient justifiées et appropriées ou si elles portaient atteintes à la protection du secret des affaires.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup>Dans l'affaire Gás Natural Liquefeito (GNL)/Gemini (CADE, Affaire n° 08012.001015/2004-08), les requérants souhaitent l'annulation d'une partie de la décision prise par le CADE. En l'espèce, Petrobrás et White Martins SA s'étaient associés pour exploiter le marché de la commercialisation du gaz naturel et ont créé l'entreprise Gemini. Le fait est que Petrobrás, selon le CADE, avait le monopole de l'extraction de la matière-

**266.** Le débat sur la définition erronée du marché pertinent a été à l'ordre du jour sous le régime de 1994. Les recours demandaient à un expert de procéder à l'analyse économique et statistique de la définition du marché pertinent pris en compte. Si dans la grande majorité des affaires il n'avait aucune position différente de celle déjà prise par le CADE<sup>174</sup>, dans l'affaire Bompreço de 2008, l'analyse du périmètre géographique du marché pertinent de l'opération faite par l'expert a été contraire à la décision du CADE. L'avis de l'expert a été suivi par le juge au moment de rendre sa décision.<sup>175</sup>

---

première. Or, il existait des clauses qui conditionnaient la nouvelle association de Petrobrás avec d'autres entreprises à une autorisation du consortium Gemini, alors même qu'il existait des concurrents de Gemini qui n'avaient pas le choix de se fournir ailleurs qu'auprès de Petrobrás. Il s'agit d'un cas typique d'intégration verticale. Le CADE a approuvé l'opération, en la conditionnant toutefois, en plus de la présentation de rapports, à la publication des prix de la matière-première de Petrobrás à Gemini, afin que les concurrents puissent identifier une éventuelle discrimination de prix. Les requérants ont formé un recours pour annuler spécifiquement ce point sur la publication de la formation des prix, et ont demandé une expertise judiciaire pour déterminer si les causes qui avaient conduit le CADE à l'imposition des mesures de publicité de l'affaire en question étaient justifiables, et si la propre mesure de publicité imposée était appropriée ou si elle attentait au secret des affaires de l'entreprise. Le Judiciaire, dans les actes TRF1, 20 juin 2014, GNL, Affaire n. 2007.34.00.005245-0/DF a maintenu le recours en énonçant que, « sur la base de l'article 130 du CPC – du rôle de la recherche de la vérité par le magistrat et du principe de la communion des preuves –, si le juge tient pour nécessaire la production de preuve d'expert pour la formation de sa conviction, c'est parce que les éléments existants ne sont pas suffisants pour dissiper ses doutes ».

<sup>174</sup>JFDF, 9 novembre 2010, Affaire n. 2008.34.00.025853-9. Le juge a pourtant rejeté ladite preuve en soulignant que « [...] pour la constatation de la véracité de ladite thèse, la production d'une nouvelle expertise n'est pas indispensable, dans la mesure où la procédure administrative annexée aux affaires par le CADE (points. 1.069 à 2.818), laquelle expose tous les fondements qui l'ont amené à l'adoption du concept de marché pertinent national, ainsi que le rapport annexé par les autorités dans les points. 2.831/2.890, [...] apportent des éléments suffisants pour que ce juge analyse si le concept de marché utilisé par le CADE est ou n'est pas correct pour l'opération de concentration soumise à son analyse, tout en soulignant que, dès lors, une telle analyse aura pour seule paramètre la légalité de l'acte administratif. Il n'est également pas nécessaire de réaliser une preuve par témoin à l'attention des consommateurs quant aux aspects énumérés au point. 2.828, entre autres les barrières à l'entrée des nouveaux concurrents dans le marché et la migration pour l'importation de produits en cas d'augmentation de prix ». Comme on le voit, le juge a considéré la preuve apportée dans les affaires comme suffisante, en démontrant que les éléments de l'instruction administrative contenait déjà suffisamment d'éléments pour prendre une décision judiciaire.

<sup>175</sup>Dans l'affaire CADE/ Bompreço, l'opération consistait en une acquisition par Bompreço de cinq établissements de la chaîne Carrefour, localisés dans les villes de João Pessoa – PB, Campina Grande – PB, Petrolina – PE et Teresina – PI. Pour cette opération, le CADE avait pris la décision de la vente des deux établissements dans la ville de Petrolina – PE, en raison d'une superposition horizontale et des préjudices potentiels sur la concurrence. Dans le JFDF du 25 juin 2013, Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda, (Affaire n. 2008.34.00.014363-2) une expertise a été procédée pour réexaminer la définition du marché pertinent de l'opération retenu par le CADE à partir d'une recherche du périmètre géographique concerné dans la ville de Petrolina – PE. Pour l'expert, l'acquisition des nouveaux supermarchés dans ce nouveau périmètre dans la ville en question, qui n'avaient pas été pris en compte dans les analyses du (CADE), changeait l'issue de la décision. L'expertise a influencé la position du juge qui a retenu que la décision administrative du CADE était erronée. Les nouveaux supermarchés dont le périmètre du marché concerné a été analysé par l'expert ont

**267.** La participation des experts pendant la loi de 1994 avait des avantages et des inconvénients. L'avantage pour l'expert est qu'il observait ce qu'il s'était passé dans le marché. Ainsi, il pouvait prononcer son avis, en observant une situation concrète. Il observait « les effets », et pas simplement la « possibilité des effets » de l'opération sur le marché. Dans le cas Bompreço, par exemple, l'avis a eu lieu dans un marché où il a pu constater, pendant le recours juridictionnel, l'entrée d'un concurrent sur le périmètre géographique. L'analyse prospective du CADE, 3 ans avant, n'envisageait pas cette entrée. Toutefois, on avait aussi des inconvénients. En s'appuyant encore sur l'affaire Bompreço, dans laquelle on a eu une expertise et le résultat a été favorable aux parties, la nomination de l'expert a eu lieu le 12 août 2010, mais le résultat final, après quelques formalités bureaucratiques, n'a été rendu que le 3 juillet 2012. Or, le fait d'avoir une opération déjà réalisée n'exigeait pas l'urgence, mais on a pris longtemps pour la trancher. Ce qui devient un problème encore plus grave si l'on a besoin de renverser l'opération.

## B) L'analyse qualitative

**268.** Le recours contre une décision d'interdiction ou d'autorisation d'une opération va examiner les aspects concurrentiels d'une opération qui a été objet d'une décision de l'autorité de concurrence. Ainsi, le juge et l'expert vont opérer une réévaluation de l'opération. En ce sens, on peut imaginer qu'aussi bien le juge que l'expert devront nécessairement être contrés à l'évaluation antérieure de l'autorité administrative.

**269.** Au Brésil, jusqu'à présent, on n'a pas pu observer de demande d'expertise dans la judiciarisation d'une opération de concentration sur le régime de la nouvelle loi. Mais on croit que cela ne va pas tarder. Les expériences du droit de l'Union pourront donc éclairer des aspects brésiliens.

---

permis à Bompreço de continuer ses activités dans la ville de Petrolina, malgré la décision contraire du CADE de décembre 2007.

**270.** À l'intérieur de l'Union européenne, s'agissant de la désignation d'un expert, l'article 49 § 1 du règlement de la Cour de Justice et l'article 70 § 1 du règlement du Tribunal de l'Union européenne, disposent que les juridictions (Cour ou Tribunal) peuvent ordonner une expertise. En général, en Europe le recours à l'expertise est motivé par trois raisons : (i) en cas de déficience des preuves présentées au juge ; (ii) des informations contradictoires données par la Commission et les autres requérants au juge et (iii) des arguments des parties contenant des éléments d'une nature particulièrement technique.<sup>176</sup>

**271.** Dans un arrêt CJCE, 27 mai 1970, X (partie confidentielle) contre Commission de contrôle des Communautés européennes, aff.12/68, le juge de la Cour de Justice retient que « l'expertise joue un rôle prépondérant lorsqu'aucune des parties n'est à même d'apporter la preuve de l'exactitude des données ou des chiffres qu'elle invoque et que ceux-ci sont controversés ». En ce sens, Mme Sibony souligne qu'il paraît nécessaire de réaliser ce type d'intervention plus souvent en matière de contrôle des concentrations.<sup>177</sup>

**272.** En plus de l'évaluation des aspects attachés au fond de l'opération, il est aussi possible d'observer que la Cour de Justice de l'Union européenne a manifesté un vif intérêt d'évaluer les préjudices subis par l'entreprise en raison d'une décision d'interdiction de l'opération de concentration. Dans l'affaire CJUE, 9 juin 2010 Commission contre Schneider Electric<sup>178</sup>, un expert a été désigné pour évaluer les préjudices d'interdiction de l'opération de la concentration. À noter que le recours visait à responsabiliser l'Union Européenne. Le Tribunal de l'Union européenne a considéré le caractère indispensable des experts en raison de la nature du cas essentiellement économique et technique. Le Tribunal est en mesure d'inviter les parties à se prononcer sur le choix d'un expert ou éventuellement à proposer une liste au Tribunal afin que soit désigné l'un d'entre eux pour l'évaluation du préjudice qu'il a

---

<sup>176</sup> E. BROSSET. « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris, La documentation française, 2011, p. 247-280.

<sup>177</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 547.

<sup>178</sup> CJCE, 16 juillet 2009, Commission / Schneider Electric, C-440/07 P.

préalablement reconnu.<sup>179</sup>

**273.** Même si l'expertise juridictionnelle sert de soutien pour éclairer la réflexion du juge, comme cela se passe en Europe, la lenteur de l'instance au Brésil fait que le recours à l'expertise en matière de contrôle de concentration doit évoluer. D'après les exemples européens, il semble que le CADE devra faire attention aux preuves, informations et arguments mis en place dans sa décision administrative.

**274.** Les avancées du nouveau code du Brésil peuvent aussi améliorer et accélérer l'expertise juridictionnelle. La possibilité d'une expertise simplifiée peut adresser des questions directes sur le noyau du recours (l'article 464). De plus, le juge pourra aussi essayer de discuter en audience de conciliation une expertise plus technique, choisie par les deux parties en accord (l'article 471). Ces mesures pourront accélérer la procédure.

## **Section II – Les décisions dans la procédure**

**275.** Les décisions sur les recours juridictionnels en contrôle de concentration ont lieu quand les juges finissent l'instruction de l'affaire et prononcent la décision sur l'opération. Cela exige au moins une procédure qu'observe la manifestation du défendeur.<sup>180</sup>

En ce qui concerne la procédure ordinaire, on aura deux types de décisions : les décisions singulières prises par le juge de 1<sup>ER</sup> degré (§ 1<sup>ER</sup>) et les décisions collégiales prises par les Cours, en appel ou pourvoi (§ 2<sup>ÈME</sup>).

---

<sup>179</sup> TPICE, 11 juillet 2007, Schneider Electric / Commission, T-351/03.

<sup>180</sup> Article 203 du NCPC du Brésil.

## § 1<sup>ER</sup> – LA DÉCISION FINALE DE 1<sup>ER</sup> DEGRÉ

**276.** Le juge de 1<sup>ER</sup> degré dans la procédure ordinaire est le responsable de l’instruction du recours et de la prise des premières décisions de l’affaire.

Plusieurs décisions peuvent être prises tout au long de la procédure, mais certainement deux parmi celles-ci s’avèrent les plus importantes en ce qui concerne la procédure ordinaire en contrôle des concentrations. Il s’agit de l’anticipation de la décision au fond (A) et de la décision finale stricto sensu (B).

### A) La possibilité d’anticipation

**277.** La loi de la concurrence de 2011 du Brésil, dans son article 59, § 1, permet que le Commissaire puisse autoriser, précairement et d’une façon provisoire, la réalisation d’une opération, en imposant des conditions de réversibilité qui s’avèrent nécessaires. En ce sens, même si une opération est contestée par le Surintendant, le Commissaire peut autoriser sa réalisation totale ou partielle.

**278.** La règle administrative est semblable à ce qui se passe dans la procédure ordinaire juridictionnelle. L’article 311 du NCPC (ancien article 273 do CPC) permet que le juge puisse anticiper la décision finale, à travers une décision provisoire, dès que le droit en cause est « évident » et que l’autre partie peut être considérée en abus du droit de la défense. En droit de la concurrence, cela veut dire que le juge peut, à la limite, autoriser ou même interdire une opération en se prévalant de ce raisonnement.

**279.** La décision d’anticipation ressemble beaucoup à une décision provisoire d’urgence. La différence est que la décision anticipée contient la même demande poursuivie dans une décision finale, et n’est pas une garantie procédurale. Le degré de probabilité est plus fort que pour une décision temporaire. Celle-ci est mise en place durant une certaine

période. La décision d'anticipation ira prévaloir jusqu'à l'arrivée de la décision finale stricto sensu. Ce genre de décision au Brésil peut être prononcée par le juge de 1<sup>ER</sup> degré, ou même par le juge rapporteur au TRF, quand il décide tout seul d'un recours formé contre la décision intermédiaire d'un juge de 1<sup>ER</sup> degré. Dans le cas du juge rapporteur, même si la décision est rendue par un juge d'appel du TRF, elle est une décision « considérée » de 1<sup>ER</sup> degré, qui a besoin d'être confirmée par les autres membres du TRF.

**280.** Dans la récente affaire JBJ/Mataboi de 2017, le juge de 1<sup>ER</sup> degré avait nié la demande des parties concernées d'anticipation de la décision pour suspendre les effets de la décision du CADE qui interdisait l'opération de concentration. Après un recours contre cette décision vers le TRF 1, le juge de la Cour d'Appel a anticipé la décision pour suspendre la décision du CADE. La décision du CADE déterminait à la fois l'interdiction, mais également l'irrégularité de la réalisation de l'opération qui était renversée.

**281.** Les décisions d'anticipation peuvent faire l'objet de recours comme on a pu l'observer. Aussi bien les décisions d'octroi du droit ou même de rejet peuvent être renversées directement par une autre décision d'anticipation. Cela veut dire que même ces décisions sont un facteur d'instabilité juridique et d'incertitude pour le marché. Quant à la nature, ce sont des décisions au fond, et son caractère précaire est envisageable puisqu'elles peuvent être renversées.

## B) La décision finale stricto sensu

**282.** La décision du juge qui met fin au recours en 1<sup>ERE</sup> instance s'appelle au Brésil « sentence ». Selon l'article 163 du NCPC, la « sentence » peut analyser ou omettre le fond du recours. Si la règle est que le fond doit être analysé (article 488 du NCPC)<sup>181</sup>, il y a des situations d'impossibilité procédurale (illégitimité des parties, par exemple), où s'opère une

---

<sup>181</sup> Il s'agit du principe de la primauté d'une décision au fond, qui doit être observée par le juge. Dès qu'il est possible, le juge doit s'écarter des vices de forme, et s'appuyer aux aspects qui permettent une décision au fond.

sentence qu'on appelle « terminative », c'est-à-dire sans trancher le fond.

**283.** En droit de la concurrence, même si la sentence peut terminer l'affaire en 1<sup>ER</sup> degré, en pratique la sentence est considérée comme une phase procédurale dans les recours juridictionnels. Cela veut dire qu'on n'a jamais vu le CADE ou les parties concernées accepter la décision sans former un appel.<sup>182</sup> En ce sens, l'analyse des affaires au Brésil indique que le juge de 1<sup>ER</sup> degré aura toujours une position transitoire dans l'affaire.

**284.** Force est de dire, toutefois, que les sentences, lorsqu'elles analysent des aspects formels au fond de la décision administrative, servent à inciter des « mouvements » chez l'autorité de la concurrence pour corriger/améliorer des aspects formels. Les deux sentences les plus percutantes pour le contrôle des concentrations ont été celles de l'affaires Nestlé-Garoto et Vale do Rio Doce.

**285.** Dans l'affaire Nestlé, le juge a prononcé que l'existence d'un vice de forme pouvait impliquer l'autorisation automatique d'une opération. Peu importe si le CADE a interdit l'opération, le juge a fait savoir que si une demande d'information n'était pas suffisamment motivée, cela pourrait ne pas suspendre le délai d'examen octroyé au CADE pour l'instruction de l'affaire, en impliquant l'autorisation de l'opération. À la suite de cette décision, encore sous le régime de la loi de 1994, même s'il n'avait pas de doute sur ces procédures, le CADE est devenu plus rigoureux avec les renseignements et ses motivations.

**286.** En ce qui concerne l'opération Vale do Rio Doce, les parties concernées disaient que le Président du CADE ne pouvait pas voter à deux reprises, raison pour laquelle la décision devrait être annulée. Ce débat a eu lieu vis-à-vis de ce qui était prévu dans l'article 7 de la Loi de 1994 (le Président a le droit de vote, en incluant celui décisif). La sentence de 1<sup>ER</sup> degré a confirmé la décision du CADE et a indiqué que le Président aurait droit au vote de qualité en cas d'égalité des voix. Cela existait parce que la loi a essayé d'éviter le *non liquet* administratif. Pour ne pas laisser de doutes sur cette possibilité, même après une sentence favorable, le CADE a modifié son Règlement interne (règlement n° 45, du 28 mars

---

<sup>182</sup> On observe dans les annexes de cette étude que tous les recours avec sentence ont été l'objet d'un appel.

2008), pour éclairer que le Président a le droit au vote nominal, et, cumulativement, à celui de qualité (article 83 du règlement).

**287.** Les deux sentences montrent que l'autorité essaie de perfectionner la procédure pour les affaires futures, en considérant les sentences du juge juridictionnel.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS

**288.** Contre les sentences prononcées par le juge de 1<sup>ER</sup> degré, les parties peuvent faire appel lorsqu'elles estiment que les faits et/ou le droit ont été méconnus. Ces recours peuvent s'opérer avec l'effet suspensif de la décision.<sup>183</sup> Il devra nécessairement former un appel au TRF (en règle avec effet suspensif) ; et de la décision du TRF former ensuite un pourvoi (STJ et STF, sans effet suspensif, en règle).

Les deux recours sont bien différents parce que, si dans l'appel on peut réexaminer les faits et les documents (A), en ce qui concerne le pourvoi, il s'agit au Brésil d'un recours visant une décision de pacification d'interprétation sur les lois ou sur la Constitution (B).

---

<sup>183</sup>Selon M. Ferraz Junior, « lorsqu'une décision administrative fait l'objet d'une requête en annulation ou réformation, le juge saisi peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision ou de certains de ses effets. Ainsi, le juge peut suspendre une décision administrative et modifier temporairement les effets de la décision finale. Sous cet angle, la suspension de l'exécution d'une décision administrative se présente comme une mesure provisoire qui ne subsiste pas après l'examen sur le fond de l'affaire qui donnera une décision en ce sens ou bien la décision sera contraire. Ainsi, bien que la décision judiciaire finale confirme la décision administrative, au cours de la révision judiciaire les effets provisoires de la suspension ont pu être en conflit avec l'Autorité de la Concurrence ». T. S. FERRAZ JUNIOR; J. MARANHÃO; et P. AZEVEDO (dir.), « Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública », Relatório Final de Pesquisa, Universidade de São Paulo et Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponible sur : [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf) (accédé en mai 2019).

A) L'appel pour les TRFs

**289.** Toutes les sentences peuvent faire l'objet de recours afin de procéder à un réexamen neuf et complet sur les aspects formels et sur le fond de la décision judiciaire attaquée (art 1009 du NCPC). Cela était la même chose lorsqu'était en vigueur l'ancien Code de Procédure Civile.

**290.** Le recours avec un effet suspensif permet un réexamen plein de l'affaire. Encore une fois par rapport aux deux affaires d'impact pour le contrôle des concentrations, les affaires Nestlé-Garoto et Vale do Rio Doce, on observe le rôle de l'appel vis-à-vis des sentences prononcées.

**291.** Dans l'affaire Nestlé/Garoto, l'appel a bouleversé la sentence. Les juges du TRF, statuant en majorité, n'ont pas accepté qu'il y ait eu un vice de motivation du CADE dans les demandes de renseignements auprès des parties concernés. Mais selon les juges, il y a eu un vice procédural dans le réexamen de l'opération par le CADE, à la suite de la décision d'interdiction. Pour mieux expliquer ce qu'il s'est passé, le CADE prévoyait dans son règlement la possibilité des parties concernées de demander un réexamen des décisions en raison d'un fait ou des documents nouveaux (article 151 du règlement n° 45). Nestlé, en invoquant la seconde décision d'interdiction, sous la base de l'article 151 du règlement n° 45, a indiqué dans son recours juridictionnel que l'échec de sa tentative de réexamen administratif découlait d'un vice. Selon l'entreprise, le changement d'un Commissaire et des nouveaux actes d'instruction indiqués par un autre commissaire obligeaient l'annulation du réexamen administratif qui avait maintenu l'interdiction de l'opération. Ces arguments ont été retenus par les juges du TRF. Selon eux, on n'avait pas une autorisation automatique, comme l'avait établi la décision de 1<sup>ER</sup> degré, mais la seconde décision d'interdiction prononcée par le CADE a été annulée, et l'opération devrait être réexaminée. En bref, la décision relève que les juges en appel peuvent retenir tous les arguments présents dans le recours juridictionnel, et changer la sentence. Si l'opération Nestlé/Garoto après la sentence était autorisée, après la décision du TRF elle était interdite, mais avec la détermination d'un

examen supplémentaire par le CADE.

**292.** L'affaire Vale do Rio Doce a eu une analyse différente. La sentence prononcée par le juge de 1<sup>ER</sup> degré a été totalement confirmée par le TRF, même si l'on a vu aussi une décision statuée de façon majoritaire. En ce sens, ce qu'il faut souligner dans cette affaire, dans laquelle les juges ont été d'accord avec le vote de qualité du Président du CADE, c'est que le vote contraire supportait que le vote de qualité du Président du CADE violait le « principe démocratique : *one man, one vote* ». Étant donné la composition collégiale de trois juges au TRF, un autre vote annulerait la décision du CADE sous la base d'un argument absolument étranger au droit de la concurrence.

**293.** Les appels indiquent que l'on est devant un jugement tout à fait nouveau et imprévisible, comme si l'on était devant une nouvelle analyse de l'autorité de concurrence.

#### B) Les pourvois pour le STJ et STF

**294.** Contre la décision du TRF, on peut former deux sortes de pourvois : pour le Tribunal Supérieur de Justice (STJ), ainsi que pour le Tribunal Suprême Fédéral (STF). Tout cet empilement d'institutions juridictionnelles par lesquelles une même affaire est susceptible de passer fait que la procédure peut durer facilement une décennie.

**295.** Le Recours Spécial (REsp) est prévu dans la Constitution (article 105, III) et peut être formé lorsque l'on a des décisions contraires entre au minimum deux TRFs (1<sup>ÈRE</sup> et 3<sup>ÈME</sup> Régions, par exemple), ou lorsque l'on indique que la décision du TRF a été contraire à ce que prévoit une Loi Fédérale. En raison de n'avoir pas d'effet suspensif, si c'est le cas, on doit demander un référé au juge rapporteur du STJ.

**296.** Le Recours Extraordinaire (REExt) est prévu aussi dans la Constitution (article 102, III) et a lieu lorsque la décision du TRF ou du STJ est contraire à un principe ou à une règle de la Constitution. Ainsi, si une décision du TRF est contraire en même temps à une

Loi Fédérale et à la Constitution, on doit former simultanément, un REst et un RExt. Si la décision restrictive apparaît après la décision du STJ, le RExt pourra être formé après la décision du STJ. En raison de n'avoir pas d'effet suspensif, si c'est le cas, on doit demander un référé au juge rapporteur du STF.

**297.** Les Cours Supérieures au Brésil sont très importantes pour définir les thèses et concepts en contrôle de concentration. D'après ces décisions, on a pu observer, par exemple, que le vote de qualité du Président du CADE est valable<sup>184</sup>, mais aussi le moment exact de présenter une notification de concentration<sup>185</sup>, ou encore que l'on doit régler les frais de notification indépendamment du fait d'avoir une décision<sup>186</sup>. Et même que certains avis individuels des juges orientent les prochaines affaires en voie administrative ou juridictionnelle<sup>187</sup>. Le problème est que les recours attendent trop longtemps pour arriver aux Cours Supérieures.

**298.** Sur ce point, il existe une différence fondamentale concernant les recours contre la décision de l'autorité administrative en matière de contrôle des concentrations au Brésil et en France. Si au Brésil il faut que le recours traverse tous les différents degrés de la juridiction judiciaire pour avoir une position définitive sur le contrôle de concentration, en France, selon l'article R311-1 du Code de justice administrative, le Conseil d'État est le seul compétent pour connaître des recours en premier et dernier ressort.

**299.** Dans le droit de l'Union européenne<sup>188</sup>, le fait que le recours contre la décision administrative ne produise pas d'effet suspensif est pertinent. Ainsi, même s'il n'est pas possible de suspendre la décision de la Commission, le recours peut également être partiel, et ne pas porter sur l'ensemble de l'opération.

**300.** Enfin, les décisions des Cours Supérieures au Brésil sont les plus importantes

---

<sup>184</sup> Le REsp concernant l'affaire Vale do Rio do Doce

<sup>185</sup> Le REsp concernant l'affaire GE/ALSTON

<sup>186</sup> Le REsp concernant les affaires du marché d'ascenseurs

<sup>187</sup> On verra les avis des juges sur l'organisation sociétaire et la théorie des entreprises défailtantes et sur la prévalence d'une décision de régulation au détriment d'une analyse concurrentielle.

<sup>188</sup> Selon les termes de l'article 242 du TCE, l'introduction d'un recours en annulation ne produit pas d'effets suspensifs.

pour le contrôle des concentrations, mais du fait qu'elles ne sont pas les seules compétentes, comme en France, et qu'il faut attendre trop longtemps pour y arriver, ce contexte est préjudiciable au contrôle juridictionnel des concentrations.

## CHAPITRE II – LES MESURES D’URGENCE

**301.** En droit brésilien, comme en droit de l’Union européenne, la simple formation d’un recours ne suspend pas la décision administrative. En effet, les affaires peuvent durer des années, et la décision du CADE d’interdiction ou d’autorisation d’une opération est applicable jusqu’à la décision finale du STJ ou STF. Compte tenu de la durée des recours, les mesures d’urgence, comme le référé de suspension ou réformation, constituent un important instrument qui permet une décision provisoire pendant la procédure juridictionnelle. Les mesures d’urgence sont d’une importance clé pour les affaires brésiliennes.

**302.** Au Brésil, dans tous les recours formés, il y a eu toujours une demande de mesure d’urgence.<sup>189</sup> La lenteur traditionnelle pour la prise de décision est en principe suffisante pour obtenir un référé suspension, dès que la condition nécessaire du *periculum in mora* est remplie.<sup>190</sup> Cela veut dire que malgré leur dimension *a priori* temporaire, les mesures d’urgence peuvent avoir un caractère définitif en pratique, en raison de la longueur des

---

<sup>189</sup>Au Brésil, trois possibilités pour accélérer le contrôle juridictionnel sont ouvertes aux parties. Premièrement : le référé-suspension, dont l’urgence et l’existence d’une contestation sérieuse sur un droit substantiel sont les conditions nécessaires à son obtention. Deuxièmement, le jugement anticipé. En effet, les parties ont la possibilité d’introduire une demande de jugement anticipé qui aurait à trancher uniquement sur une question de droit et non de fait en vertu de l’article 355 du NCPC (ancien article 330 de CPC). Troisièmement, la possibilité d’un jugement partiel est également possible. Dans ce dernier cas, le juge tranchera sur le fond sur certaines prétentions des parties, dont une analyse scindée ou partielle est possible et peuvent faire l’objet d’un jugement immédiat (article 356 CPC). Ces procédures permettent d’éviter la soumission à la procédure de droit civil commun, et ont lieu particulièrement lorsqu’il existe diverses obligations comportementales dans des opérations de concentration ou des accords.

<sup>190</sup>Analysée de manière isolée, toute opération autoriserait toujours la concession de mesure d’urgence, car les requérants et les tiers internes et externes peuvent toujours être affectés. Dans une des affaires relatives à l’opération Vale do Rio Doce au Brésil, le juge a rejeté une demande de mesure d’urgence au motif que la décision de l’autorité de concurrence, approuvant ou désapprouvant une opération, peut porter préjudice aux intérêts d’autres entreprises. Le juge a constaté qu’il ne faisait aucun doute que le supposé dommage infligé à la CVRD par la décision du CADE était en voie de se concrétiser. On ne perd pas de vue le fait qu’une décision du CADE peut causer préjudice aux agents économiques, que ce soit d’un point de vue structurel ou stratégique, toutefois vu que l’opération fait l’objet d’une longue analyse par le CADE, sa décision doit être primée sur les intérêts privés de l’entreprise notamment en ce qui concerne la demande de mesure d’urgence de suspension de la décision du CADE. JFDF, 12 novembre 2008, Companhia Vale do Rio Doce, Affaire n. 20063400015624-4.

procédures.

Au Brésil, l'examen des mesures provisoires relève de différentes perspectives, considérant le régime de contrôle. On pourra constater des caractéristiques propres dans les mesures d'urgence au régime du contrôle *a posteriori* (Section I), et celles du régime de contrôle *a priori* (Section II).

### Section I – Les mesures provisoires dans le contrôle *a posteriori*

**303.** Les mesures d'urgence sont un important outil procédural lorsque l'on a besoin de suspendre l'exigence issue de la décision du CADE. Au Brésil, ces mesures sont fondamentales dans la mesure où la durée de la procédure ordinaire transforme le caractère temporaire de la décision en presque permanent. En Europe, les mesures d'urgence peuvent être observées comme une garantie d'une décision juridictionnelle effective<sup>191</sup>.

**304.** On a deux aspects qui sont observés par le juge au moment d'une décision de référé suspension : *le fumus boni iuris* et *le periculum in mora*. Il existe, de plus, une grande différence si les mesures sont proposées par les requérants ou par les tiers. C'est parce qu'il est bien plus facile pour le juge d'évaluer l'existence d'une urgence caractérisée par les requérants, que par les tiers qui ne sont pas touchés, la plupart du temps par les opérations, qu'indirectement. Ce n'est pas un hasard si en Europe la majorité des mesures d'urgence sont refusées aux tiers.<sup>192</sup>

Dans une analyse des mesures d'urgences déferées sous le régime de la loi de 1994, il est utile d'observer l'exigence du *fumus boni iuris* attachée aux décisions au fond des

---

<sup>191</sup>Voir TPICE, 18 mars 2008, Aer Lingus Group / Commission, T-411/07.

<sup>192</sup>Ordonnance dans TPICE, 18 mars 2008, Aer Lingus Group plc, T-411/07 R. Dans le même sens l'Ordonnance CJCE, 14 octobre 1996, SCK et FNK, C-268/96 P(R).

opérations déjà réalisées (§ 1<sup>ER</sup>), aussi bien que les approches indiquées par les parties et par le CADE d'un *periculum in mora in concreto* (§ 2<sup>ÈME</sup>).

## § 1<sup>ER</sup> – LE *FUMUS BONI IURIS* D'UN DROIT MATÉRIEL

**305.** Les opérations qui ont été restreintes ou interdites sous le régime de 1994 font partie de la majorité des recours formés contre les décisions du CADE. Naturellement, les parties concernées de ces opérations voulaient continuer avec l'opération réalisée, et ont indiqué plusieurs arguments visant à la continuité du *statu quo*.

**306.** En Europe, on dit que la demande de mesures provisoires en vertu de l'article 243 CE ne peut être vague et imprécise. Le juge des référés a des compétences suffisantes pour ordonner toute mesure qu'il estime nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par la Cour<sup>193</sup>.

On voit se détacher deux types de décisions déjà observées. Le premier lorsque les parties essaient de suspendre la décision et de conditionner l'accomplissement à la résolution d'une affaire privée attachée à l'opération (A), et le deuxième quand les parties visent à suspendre la décision car elles considèrent les remèdes inappropriés (B).

A) La résolution parallèle d'une affaire privée

**307.** L'idée que le contrôle des concentrations ne doit pas confronter la libre relation

---

<sup>193</sup>Ordonnance du TPICE, 18 mars 2008, Aer Lingus Group plc, T411/07-R. Voir aussi TPICE, 2 octobre 1997, Eurocoton e.a. / Conseil, T- 213/97 R, Rec. p. II-1609, point 40, et TPICE, 11 juillet 2002, Lormines / Commission, T-107/01, Rec. p. II-3193, points 52 et 53.

du marché, ou même que les décisions doivent être subordonnées au règlement préalable des affaires privées a bien marqué la demande de référé suspension au Brésil, au moins dans une affaire importante.

**308.** Dans l'affaire Vale do Rio Doce, en parallèle au débat sur le « vote de qualité » du Président du CADE<sup>194</sup>, l'entreprise avait proposé une mesure d'urgence pour suspendre l'exécution de la décision administrative jusqu'à ce qu'elle soit indemnisée par CSN (partie concernée) pour les éventuels préjudices qu'elle aurait subis du fait des restrictions imposées par le CADE. Cela concerne justement la possibilité de suspendre l'exigence administrative en attendant la solution privée des entreprises.

**309.** Comme on le sait, le but prévu pour le CADE est la protection de l'intérêt général, à partir du constat qu'une opération peut affecter la concurrence du secteur. On doit préserver la juste allocation des ressources.<sup>195</sup> Ainsi, quand l'entreprise forme un recours qui demande la suspension de la décision pour vouloir une indemnisation préalable d'une relation privée, il s'agit du *fumus boni iuris* de droit individuel (réparation des préjudices) *versus* la prévalence du droit collectif (mise en place d'un acte administratif de protection de la concurrence).

**310.** La décision du juge fédéral brésilien a indiqué qu'il était impossible de subordonner le respect des décisions du CADE à une résolution préalable des questions patrimoniales. Le juge a fait valoir que si la décision du CADE n'était pas respectée, cela pourrait entraîner une atteinte à l'intérêt collectif.<sup>196</sup> Il s'agit d'une situation dont, devant une opération réalisée, les effets d'un intérêt privé doivent être subordonnés à la décision

---

<sup>194</sup> Pour rappel, l'entreprise se battait contre une restriction imposée, qui concernait une clause de préférence sur l'exploitation de l'excédent des droits minéraux d'une mine chez CSN, concurrente de Vale. L'opération était l'achat par Vale de cinq autres concurrents sur le marché, et la séparation sociétaire entre Vale et CSN, en tant qu'entreprises associées. Il s'agit donc de six opérations analysées ensemble. Malgré la séparation, Vale a prévu la clause de préférence sur l'exploitation de l'excédent des droits minéraux d'une mine chez CSN. Pour le CADE, cela touchait le problème concurrentiel, puisque pour approuver la concentration, le CADE a envisagé la possibilité de CSN de devenir un effectif concurrent, sans avoir des relations commerciales avec Vale. Une autre option a été mise en place par le CADE : la vente d'une de ces opérations. Mais cela était commercialement défavorable pour Vale.

<sup>195</sup> J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 3.

<sup>196</sup> STF, 1 février 2008, Companhia Vale do Rio Doce, Affaire n. 5.780/DF.

administrative.

**311.** L'entreprise Vale do Rio Doce, sans avoir obtenu le référé suspension, a signé ensuite un accord amiable avec la CSN. Le refus par le juge du référé suspension a permis l'accomplissement de la décision administrative.

**312.** Le débat sur le préjudice financier et le refus d'un référé a aussi eu lieu en France dans l'affaire Sarl Bric'Oléron.<sup>197</sup> Dans cette affaire, la Sarl avait fait une demande de suspension d'une décision d'autorisation de son opération par l'Autorité de la concurrence, qui conditionnait sa réalisation au non-renouvellement d'un contrat. Naturellement, l'obligation de ne pas renouveler le contrat aurait eu pour conséquence de changer une partie des engagements pris dans le cadre du contrôle de l'opération de concentration sous conditions.<sup>198</sup> En ce sens, le juge a établi que le contrat en question ne portait que sur 0,9% du chiffre d'affaire du groupe Mr. Bricolage en France, et que la perte financière engendrée par la diminution du nombre d'adhérents ne représentait que 0,07% de son chiffre d'affaire, de sorte que la réalisation de ces engagements n'aurait eu que peu d'impact sur la nouvelle entité en termes d'occurrence d'effets anticoncurrentiels sur le marché. Il n'est pas possible de dire que la société Mr. Bricolage a subi un préjudice financier à partir du moment où elle avait elle-même proposé les engagements pour remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération identifiés par l'Autorité de la concurrence. Une affaire similaire s'est également passée avec la Fédération Nationale des Transports Routiers en France, dans laquelle une mesure d'urgence a été également repoussée, en apportant des effets concrets importants.<sup>199</sup>

**313.** On voit que les décisions d'urgence peuvent être demandées pour essayer de régler les affaires privées au travers de décisions administratives. Le juge semble avoir observé aussi bien au Brésil qu'en Europe le danger de cela pour l'intérêt collectif.

---

<sup>197</sup> CE (ord.), 26 mai 2010, Sarl Bric'Oléron, n° 338595 ; contre Aut. conc.déc. n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010. Le Conseil d'État avait rejeté deux demandes de suspension d'autorisation sous engagements (qui concernaient la prise de contrôle d'un groupe) pour défaut d'urgence.

<sup>198</sup>CE, 26 mai 2010, Sarl Bric'Oléron, Req. 338595.

<sup>199</sup>CE, 18 février 2008, Fédération Nationale des Transports Routiers, 312534.

## B) Les remèdes inappropriés

**314.** Le débat sur le contenu et la mise en place des remèdes a toujours été une des raisons de demande de référé suspension sous le régime de la loi de 1994. En ce sens, on va discuter des aspects d'augmentation des coûts pour les entreprises, l'obligation disproportionnée de vente des actifs. Ce sont des arguments de forme qui, apparemment, pourraient justifier un doute sérieux sur le maintien de la décision administrative.

**315.** Dans l'opération Owens Corning, l'entreprise a demandé un référé suspension contre la décision du CADE, qui exigeait la vente d'un actif par le biais d'une banque d'investissement de premier plan.<sup>200</sup> L'argument était que le coût de mettre en place la vente de l'actif par la banque d'investissement détournait partiellement le pouvoir de l'autorité d'exiger l'accomplissement d'une décision. En l'espèce, le juge a suspendu la partie de la décision du CADE qui imposait le recours à une banque d'investissement. Selon lui, cette décision d'obliger les moyens d'aliénation d'un actif et d'imposer des conséquences par lesquelles les parties se conforment aux obligations fixées par le CADE, s'écarte du texte de la loi antitrust de 1994 (qui ne prévoyait ni autorisait ce type de mesure).

**316.** Le débat sur la possibilité d'une mesure d'urgence par rapport aux remèdes appliqués par le CADE est semblable à ce qui a été envisagé en France dans deux ordonnances récentes. La première discute la validité de l'accomplissement des obligations, et l'autre traite, parmi d'autres aspects, du contenu des engagements. Dans l'opération FNAC/DARTY, l'entreprise indiquait que si l'Autorité de la Concurrence refusait d'agréer la cession des actifs, cela pourrait engendrer l'interdiction de l'opération, considérant le doute sur la légalité de ce refus.<sup>201</sup> Et dans la même affaire, la Société Terrada et autres indiquait la nécessité d'un référé suspension car la décision de l'AdlC était illégale dès lors qu'elle exigeait des engagements excédant les mesures strictement nécessaires pour remédier aux

---

<sup>200</sup>JFDF, 9 novembre 2010, Owens Corning, Affaire n. 2008.34.00.025853-9 (CADE, 23 juillet 2008, Affaire n° 08012.001885/2007-11).

<sup>201</sup> CE, 30 octobre 2017, Fnac/Darty, 414655.

effets de l'opération de concentration sur la concurrence.<sup>202</sup> Les demandes de référé ont été refusées car elles traitaient sur la conséquence indirecte d'interdiction de l'opération. Dans le droit de l'Union, dans l'affaire EDF contre la Commission, l'entreprise a demandé une prolongation du délai d'accomplissement des engagements en raison d'un moment commercial défavorable. Argument qui a été refusé par le juge.<sup>203</sup>

**317.** La possibilité de suspension provisoire des remèdes appliqués aux opérations de concentration est présente aussi bien dans les affaires réalisées au Brésil, que dans les affaires européennes et françaises. Un aspect important pour être envisagé au Brésil est que le juge a indiqué que, vis-à-vis du référé suspension, la proportionnalité d'un désinvestissement doit être observée par le CADE. En Europe, les demandes de suspension correspondent plutôt au fond de la décision, malgré le fait que le juge soit plus rigoureux dans ces décisions de référé.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LE *PERICULUM IN MORA IN CONCRETO*

**318.** Quand on parle des exigences d'octroi d'un référé suspension, en parallèle de la démonstration du *fumus boni iuris*, il faut que l'on puisse démontrer au juge l'existence du *periculum in mora*. Puisque l'on parle des opérations déjà réalisées, le juge peut envisager une situation de marché en cours. En ce sens, on parle d'un *periculum in mora in concreto*.

**319.** Au Brésil, dans les recours juridictionnels formés sous le régime de la loi de 1994, le débat sur cette exigence a été observé aussi bien par la provocation des parties concernées par l'opération que par le CADE.

Si la demande d'annuler la décision au fond justifie, chez les parties concernées, la nécessité de continuer avec une activité en cours, originaire d'une opération déjà réalisée

---

<sup>202</sup> CE, 30, octobre 2017, Terrada e.a., 414890.

<sup>203</sup> CJUE, 7 mars 2013, EDF X Commission, Affaire C 551/12

(A) ; les effets pervers, et peut-être irréversibles, pour la collectivité d'une opération interdite, justifieraient l'interdiction immédiate de l'opération demandée par le CADE.

A) La continuité d'une opération en cours

**320.** Sous la loi de 1994, on a vu deux types de décisions qu'observaient le *periculum in mora*. Si la décision du CADE était d'autorisation de l'opération sous restriction (clause de non concurrence, amende pour notification tardive, parmi d'autres exemples), le juge était plus favorable pour ordonner le référé suspension. Quand on avait une décision d'interdiction ou de détermination de vente d'actifs, le juge conditionnait le référé à des garanties financières des parties concernées présentées dans le recours.

**321.** L'affaire Rio Azul Incorporação Imobiliária traitait d'une opération simple du secteur immobilier de Sao Paulo, entre deux entreprises sans un pouvoir de marché important. L'autorisation par le CADE, toutefois, avait été conditionnée à la réduction du périmètre géographique d'une clause de non-concurrence à la région de São Paulo. Les parties avaient formé un recours juridictionnel en demandant au juge de prendre des mesures d'urgence, en invoquant que le droit du contrat devait être maintenu tel qu'il avait été signé. Le juge a accordé le référé suspension sans une motivation précise de droit de la concurrence. Il a indiqué que l'opération autorisée indiquait l'inexistence d'un risque sérieux pour le marché.<sup>204</sup>

**322.** La logique sous-jacente à la décision du juge était que la loi permettait déjà la réalisation desdites opérations. Ainsi, même s'il y avait une restriction partielle, le juge a adopté une position de *statu quo* favorable à l'entreprise jusqu'au moment de la « décision finale ».

**323.** Dans l'affaire CTBC qui portait sur une opération dans le secteur des télécoms,

---

<sup>204</sup>JFDF, 25 février 2013, Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda., affaire 47476-05.2010.4.01.3400.

concernant le respect des engagements<sup>205</sup>, le juge a décidé de suspendre la décision administrative qui interdisait l'opération, en contrepartie d'une garantie de paiement de l'amende imposée par le CADE pour non-respect des engagements consentis.<sup>206</sup> Le juge n'a pas tenu compte des conséquences que ce genre de décision apporte au marché. Le raisonnement du juge dans cette affaire était attaché aux éventuels droits de réparation.

**324.** La France est beaucoup plus rigoureuse dans son analyse contextuelle en ce qui concerne les effets sur le marché des mesures d'urgence qui pourraient être adoptées, au risque de priver d'effet la décision administrative de l'AdIC. Ce constat a pu être établi dans l'affaire du Conseil d'Etat Société France Antilles. Dans les faits, même si le requérant a été un tiers, le juge a observé que la demande de référé a été formée alors que l'opération avait déjà été autorisée par le Ministre de l'Économie, et par la suite exécutée entièrement<sup>207</sup>, de sorte qu'il a rejeté la demande, qui n'avait plus lieu d'être.

**325.** Il en va de même pour le cas Société Fromage et Vins. Un tiers demandait la suspension de l'agrément délivré au repreneur d'un fonds de commerce, que les parties à l'opération avaient dû céder pour respecter leurs engagements. Dans cette affaire-là, la décision d'agrément avait été entièrement exécutée à la date de la requête, et l'intégralité du capital avait été payé<sup>208</sup>. Par conséquent, le référé s'était vu refusé.

**326.** On remarque que le régime *a posteriori* au Brésil était un facilitateur pour la concession des mesures d'urgence pour les parties, qui pouvaient justifier le *periculum in mora* par l'arrêt d'une activité en cours.

---

<sup>205</sup>JFDF, 30 mai 2011, CTBC Celular, Affaire n. 2008.34.00.038297-5.

<sup>206</sup>Voir P. CARDON, « Le droit des concentrations et le Conseil d'État », Dr. Adm., n. 18, 2003.

<sup>207</sup>« [...] La décision d'autorisation donnée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie était entièrement exécutée à la date à laquelle la société FRANCE ANTILLES a introduit sa requête tendant à la suspension de cette décision ; que par suite, cette requête n'est pas recevable ». CE, 25 juillet 2006, France Antilles, Req 294897.

<sup>208</sup>CE, 1<sup>er</sup> juin 2006, Fromaget Vins, 293198.

## B) La suspension d'une opération interdite

**327.** Le *periculum in mora* peut toujours être observé sous plusieurs angles. Une remarque importante dans le contrôle juridictionnel sous le système de la loi de 1994 est que le CADE a fait appel aux juges pour la mise en place immédiate des restrictions appliquées par l'autorité.

**328.** Parallèlement aux recours contre les décisions de référé suspension, qu'aussi bien l'autorité que les parties concernées peuvent former, il existe au Brésil un recours spécifique pour lequel seules les autorités administratives peuvent faire appel. Il permet d'invoquer l'ordre économique et l'ordre public pour obtenir la « cassation » contre une décision de suspension de la décision administrative.<sup>209</sup>

**329.** Ce recours est exceptionnel et ne peut être adopté que par les Présidents des Cours (TRFs, STJ ou STF), quand la décision de référé suspension est délivrée par un juge de niveau inférieur dans l'échelle de l'organisation juridictionnelle. Cela étant, par exemple, c'est le Président du TRF qui casse la décision d'un juge de 1<sup>ER</sup> degré, et le Président du STJ qui casse la décision d'un juge du TRF.

**330.** Dans l'affaire Vale Rio Doce, au milieu du débat sur le droit de vote de qualité par le Président du CADE, l'entreprise a obtenu un référé suspension d'un juge du STJ. Il s'agissait d'un recours contre le refus de suspension de la part du TRF. On n'avait pas encore la décision finale du juge de 1<sup>ER</sup> degré. Pour éviter tout effet anticoncurrentiel pendant l'affaire, le CADE a fait appel au recours. Le Président du STF<sup>210</sup> a déclaré que l'ordonnance de référé contre la décision du CADE méconnaît l'ordre public<sup>211</sup>. Le problème existait parce qu'un des actifs attachés à l'opération était périssable, et qu'on en était encore en

---

<sup>209</sup> La « suspension de sécurité » se prête à casser la décision dans les référés suspensions contre le Pouvoir Public, quand il y a manifestation d'intérêt public ou flagrante illégitimité, afin d'éviter de graves atteintes à des biens juridiques publics déterminés, quels qu'ils soient, à l'ordre de la santé, sécurité et/ou économie publique. (Loi 4348/64 et Loi 8.432/92).

<sup>210</sup> Équivalent de la Cour de cassation en France.

<sup>211</sup> STF, 1 février 2008, Companhia Vale do Rio Doce, Affaire n. 5.780/DF.

première instance de jugement. S'il n'y avait pas eu de mesure d'urgence sur la décision administrative au fond, l'exécution postérieure n'aurait pas été rendue possible matériellement.

**331.** Comme l'a indiqué aussi le Conseil d'État dans l'arrêt Fiducial Informatique, à l'égard de l'objet de la décision contestée et aux effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration sur le marché, sur lesquels il était difficile de revenir, la condition d'urgence doit être remplie, tant au regard de la défense de l'intérêt général (le maintien d'une situation de concurrence effective sur le marché), qu'au regard de la protection de l'intérêt des sociétés requérantes présentes sur ce même marché (entreprises concurrentes<sup>212</sup>).

**332.** On voit que les débats sur le *periculum in mora* sont envisagés aussi bien au Brésil qu'en Europe. Même si l'organisation judiciaire brésilienne n'est pas favorable pour trancher les affaires d'une façon rapide et effective, les juges ont connu les dangers d'irréversibilité aussi bien pour les parties concernées que pour le CADE.

## Section II – Mesures provisoires dans le contrôle *a priori*

**333.** Les demandes de mesures d'urgence dans les recours juridictionnels formés contre les décisions en contrôle préalable des concentrations au Brésil n'ont pas été si différentes de ce qu'on a pu observer dans les cas de contrôle *a posteriori*.

En ce qui concerne le *fumus boni iuris*, toutefois, on a pu constater que les recours ont porté sur des aspects essentiellement procéduraux (§ 1<sup>ER</sup>). Par rapport au *periculum in mora*, si auparavant on a vu une urgence plus concrète pour les parties concernées, maintenant on est devant des situations dont le *periculum in mora* est abstrait (§ 2<sup>ÈME</sup>).

---

<sup>212</sup>CE, 19 mai 2005, Fiducial Informatique, Req 279697.

§ 1<sup>ER</sup> – LE *FUMUS BONI IURIS* D'UN DROIT PROCÉDURAL

**334.** Les premiers recours formés avec des demandes de mesures d'urgence en contrôle préalable de concentration ont eu la participation aussi bien des parties concernées que des tiers. L'augmentation de la présence des tiers est en fait attendue en raison du système de contrôle, surtout quand l'on observe l'expérience des affaires en Europe.

Le point remarquable est que l'on n'a pas discuté dans les affaires du contenu de la décision administrative du CADE. On a observé jusqu'à présent une demande de référé contre le processus d'évocation (A) et contre le refus au droit d'accès au dossier d'une opération autorisée sous réserves d'engagements (B).

A) Les vices du processus d'évocation

**335.** Le premier recours formé sous le régime de la loi de 2011 avec une demande de mesure d'urgence a été un recours contre un acte intermédiaire de nature décisive du CADE. On parle du recours formé par Bayer contre la décision d'évocation d'une opération par un Commissaire.

**336.** Le processus d'évocation a lieu quand, après l'autorisation de l'opération par la Surintendance, un Commissaire décide d'amener l'affaire au Tribunal. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de licence de technologie employée par Bayer et du concept de concentration pour les *joint-ventures* spéciales.

**337.** Bayer n'a pas été d'accord avec la décision du Commissaire et a essayé d'obtenir une mesure d'urgence à deux reprises, devant le juge de 1<sup>ER</sup> degré et dans un recours formé au TRF 1<sup>ÈRE</sup> Région. Bayer voulait annuler la décision administrative d'évocation par le CADE. Bayer cherchait à démontrer un vice de forme dans la procédure d'évocation de la concentration, qui, dans le cas contraire, mènerait à une autorisation de l'opération telle que

notifiée.

**338.** Le juge a exprimé le fait que l'examen par le CADE était encore en cours, et que la réalisation de l'opération, avant même la décision finale du CADE, pouvait porter préjudice à « l'environnement concurrentiel ». Dans cette décision de rejet au 1<sup>ER</sup> degré, le juge a fait une évaluation générale des conséquences de la décision du CADE.<sup>213</sup>

**339.** Bayer a ensuite interjeté appel devant le TRF. Le TRF a rendu une décision encore plus laconique, mais a jugé que la condition d'urgence n'était pas remplie non plus car la procédure administrative n'excédait pas la durée maximale de traitement de l'affaire. Le juge a aussi indiqué qu'il n'y avait pas *a priori* de vice de procédure : « il n'existe pas de *periculum in mora* à autoriser la mesure proposée ».

**340.** Les décisions rendues dans l'affaire Bayer montrent une réelle avancée dans le traitement des recours. Même s'il n'y a pas eu d'analyse sur la légalité des moyens utilisés par l'Autorité, l'existence de différentes possibilités d'interprétations, des différents remèdes, ne permet pas d'annuler la décision administrative, si elle ne s'avère pas contraire à la loi.

**341.** Le Conseil d'État dans l'affaire Société Wienerberger<sup>214</sup>, par exemple, a aussi tenu compte des différentes possibilités d'accomplissement de la décision dans la dénegation d'un référé suspension. Le CE a considéré que la simple existence de mesures plus appropriées ne constituait pas un élément suffisant pour revenir sur la décision de rejet du référé. Selon le CE, il n'y avait pas lieu d'ordonner la suspension de la décision d'autorisation de l'opération, parce que les moyens utilisés par l'AdlC n'étaient pas, du point de vue de Wienerberger, les plus appropriés pour prévenir les effets anticoncurrentiels de l'opération.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup>JFDF, 17 Octobre 2013, Bayer/CADE, Affaire n. 0043976-23.2013.4.01.3400.

<sup>214</sup> La Société Wienerberger était une des entreprises concurrentes sur le marché des briques de murs et cloisons, sur lequel s'est opérée l'opération de concentration entre la société Imerys TC et la société Bouyer-Leroux.

<sup>215</sup>CE, 27 novembre 2013, Société Wienerberger, Ordonnance dans req. 373066. Voir A. RONZANO, « Contrôle des concentrations : le juge des référés du Conseil d'État rejette, pour défaut d'urgence, la demande de suspension de l'exécution de la décision n° 13-DCC-101 du 26 juillet 2013 par laquelle l'Autorité de la concurrence a autorisé l'acquisition d'actifs d'Imerys TC par Bouyer-Leroux dans le secteur des briques de

**342.** Comme on peut l'observer, le juge brésilien fait une analyse plus ample sur la procédure administrative. Des formalités, qui d'ailleurs pouvaient impliquer des référés suspension, dorénavant sont observées comme un ensemble de l'examen administratif. En fin de compte, le CADE avait encore des délais. Dans les faits, l'opération a été par la suite autorisée.

#### B) Le droit d'accès au dossier

**343.** Le débat sur l'accès au dossier par des tiers a lieu dans des diverses juridictions qui traitent du contrôle des concentrations.

**344.** Au Brésil, très récemment dans l'affaire dite Bureau de credito<sup>216</sup> de 2017, une association de clients a formé un recours avec une demande de référé suspension pour accéder aux dossiers confidentiels de l'affaire administrative, pour laquelle le CADE a refusé l'accès. On a vu que la Confédération des associations commerciales et entrepreneuriales du Brésil voulait rendre public les engagements pris par le Bureau de credito dans le cadre de l'opération de concentration.

**345.** L'idée d'un droit impératif d'accès au dossier semble alors inappropriée. À la lumière de ce qui a été la position de la Cour de Justice, on doit reconnaître l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents échangés entre la Commission et les entreprises au cours d'une procédure de contrôle des concentrations porte, en principe, atteinte tant à la protection des objectifs des activités d'enquête qu'à celle des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans une telle procédure.

**346.** En Europe, par exemple, ce débat a été mené dans les affaires Edition Odile Jacob et Agrofertil, C-404/10 et C-477/10. L'accès peut être autorisé, dans certaines

---

murs et des briques de cloisons sous réserve du respect d'engagements (Wienerberger) », Revue Concurrences, n° 1, 2014.

<sup>216</sup> JFDF, 1 février 2017, CACB, Affaire n. 1009784-42.2016.4.01.3400.

conditions, dans la mesure où cela est nécessaire pour que le tiers puisse présenter ses observations. Tout cela, en protégeant les secrets d'affaires.

**347.** Si le tiers indique la réelle nécessité d'accès, on fera une évaluation sur le bilan coopération et protection des secrets d'affaires<sup>217</sup>. Il faut distinguer, dans l'accès aux documents concernant des enquêtes relatives aux opérations de concentration entre entreprises, les rapports entre la Commission et les entreprises visées par l'enquête ; et les rapports entre la Commission et les tiers. Dans cette première relation, on garantirait aux entreprises faisant l'objet de ces enquêtes de voir leurs droits de la défense protégés. Dans la seconde relation, on serait soumis à une obligation de transparence.

**348.** Ainsi, la demande brésilienne d'accès sans une motivation claire, mais tout simplement pour suivre les obligations générales prévues dans les engagements semble hors d'une possibilité d'autorisation, surtout quand l'on observe dans les engagements des informations directement attachées aux secrets d'affaires.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LE *PERICULUM IN MORA IN ABSTRACTO*

**349.** Démontrer l'existence du *periculum in mora* est plus difficile pour les requérants quand on est devant une opération interdite et non réalisée. La « nécessité de réalisation » est un argument qui est contrarié par une analyse technique déjà faite par l'autorité de concurrence. Pour les tiers, l'obtention d'une décision pour suspendre la réalisation autorisée indique le « danger au marché » que l'opération peut créer ; il s'agit d'une réalité qui rencontre peu de support dans la jurisprudence, surtout celle européenne. De plus, la décision d'autorisation de l'opération par l'autorité de concurrence joue en faveur des parties

---

<sup>217</sup> Voir dans ce sens, notamment, ordonnance du président de la Cour du 29 avril 2005, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission, C-404/04 P-R, Rec. p. I-3539, point 10.

concernées.

Dans les affaires menées à présent au Brésil traitant sur le *periculum in mora*, on a pu observer deux différents types de débat. On a des recours formés par les tiers qui veulent accéder aux engagements d'une opération, au nom d'une fiscalisation pour éviter un « danger intangible » au marché (A). Puis, on a vu que les parties concernées indiquent que l'interdiction abusive d'une opération porte atteinte aux « investissements commerciaux » qui doivent être garantis (B).

#### A) Le danger pour le marché

**350.** Au Brésil, on voit une nouvelle forme de suivi des engagements dès l'affaire GNL/Gemini. Le CADE a décidé que la surveillance des engagements par des entreprises du marché est un aspect positif. Cela donne l'idée qu'on a une « nécessité » que les tiers puissent surveiller le fonctionnement de l'opération, en soutenant le CADE.

**351.** Le refus du recours formé par un tiers dans l'affaire Bureau de Credito, toutefois, a bouleversé ce raisonnement. Le juge a indiqué qu'il n'y avait pas de *periculum in mora* à justifier l'éventuel « danger au marché ». L'association qui a formé le recours a indiqué que le marché pourrait souffrir si elle n'accédait pas immédiatement aux documents de l'engagement pour le surveiller. En connaissant le secteur, les entreprises pourraient plus facilement le suivre.

**352.** Ce recours ne traite pas d'une opération autorisée dont le tiers chercherait à empêcher la réalisation, mais d'une opération autorisée sous réserve d'engagements, laquelle est chaque fois plus commune. Dans ce cas, l'exigence du péril pour un tiers dans l'obtention d'une mesure d'urgence devient plus difficile. Deux points sont clairs : tout d'abord, comme on l'a dit, l'opération a été réalisée. De plus, l'autorité administrative, elle-même, peut identifier le non accomplissement des engagements et éventuellement sanctionner les parties concernées.

**353.** En l'espèce, le juge n'a pas ordonné le référé suspension, en justifiant qu'il n'y avait pas un préjudice grave et irréparable. Il s'agit plus au moins de ce qui s'est passé dans l'affaire Odile Jacob. Pour rejeter le pourvoi formé par la Commission contre la décision du Tribunal, la Cour a fait valoir que la Commission n'avait pas établi l'existence d'un préjudice grave et irréparable et que, par conséquent, la demande de sursis à l'exécution de l'arrêt attaqué ne satisfaisait pas à la condition d'urgence. Et le préjudice clair doit être confronté à la perspective d'un jugement rapide du recours.

**354.** Dans l'affaire Canal Plus que l'on a déjà évoquée plus haut, la rapidité pour la prise de décision au fond a été la motivation du juge de refuser l'ordonnance d'une mesure d'urgence. Pour le Conseil d'Etat, « il n'apparaît pas que le risque que la mise en œuvre des injonctions litigieuses entraîne des préjudices irréversibles sur la situation économique et financière du Groupe Canal Plus soit susceptible de se réaliser avant l'intervention du jugement au fond ; que, dans ces conditions, la condition d'urgence, requise par l'article L. 521-1 du code de justice administrative pour justifier la suspension immédiate de la décision contestée, n'est, à la date de la présente ordonnance, pas caractérisée »<sup>218</sup>.

**355.** On peut observer que même si le droit s'avère suffisamment clair, l'idée générale de porter atteinte au marché semble ne pas sensibiliser le juge pour accorder un référé suspension.

## B) L'impact commercial irréversible

**356.** Dans l'affaire Bayer, le *periculum in mora* indiqué par l'entreprise était dans le fait que l'entreprise voulait réaliser l'opération déjà autorisée dans d'autres juridictions, et que l'attente de la procédure du CADE pouvait lui apporter des impacts commerciaux significatifs. Le juge n'a pas observé un péril tel à justifier un référé suspension. L'opération était encore en cours dans l'autorité. Il s'agit d'un argument qui touche presque tous les actes

---

<sup>218</sup>CE, 22 oct. 2012, Groupe Canal Plus, Req 340834.

accessoires du CADE, lorsque l'on n'a pas une interdiction, mais une autorisation en suspens. De la part de Bayer, l'affirmation des impacts commerciaux, aucunement étayée par des éléments concrets et circonstanciés, ne saurait suffire à établir l'existence d'un préjudice grave et irréparable à la protection du processus décisionnel du CADE.

**357.** On peut dès lors observer qu'il sera difficile d'obtenir un référé contre les actes accessoires parce que l'opération qui n'a pas été autorisée par l'autorité serait entendue conforme au droit de la concurrence, par un juge de 1<sup>ER</sup> degré, dans un contrôle provisoire, et sans être réalisée.

**358.** La jurisprudence de l'Union européenne indique que l'urgence a lieu quand la décision est nécessaire pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts du requérant, qu'elles soient édictées et produisent leurs effets dès avant la décision au principal. En ce sens, M. Piasecki indique que « le prononcé d'une suspension de décision d'une autorité administrative, même motivé, ne devrait pas être possible aussi facilement. En effet, le juge ne peut se contenter de se focaliser sur un élément particulier, car de nombreuses considérations entrent en ligne de compte : l'urgence et le caractère provisoire des mesures décidées. Ces paramètres devraient tous être pris en compte pour une mesure de suspension, car elles ont des conséquences directes ou indirectes sur la résolution du contentieux »<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup>J. PIASECKI, *L'office du juge administratif des référés: entre mutations et continuité jurisprudentielle*, Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2010.

## CONCLUSION DU TITRE II DE LA PREMIÈRE PARTIE

La procédure ordinaire est un problème pour le contrôle juridictionnel des concentrations, compte tenu des phases, des recours internes et de la durée. Pour essayer d'améliorer cette situation, on pourrait ajouter des règles spéciales dans la loi du CADE, comme celles liées aux compétences, qui seraient suivies obligatoirement par le juge dans la procédure ; ou même profiter des innovations législatives du NCPC, comme le négoce procédural, pour accélérer la procédure et l'adapter aux nécessités du contrôle des concentrations.

Il restera encore la possibilité des mesures d'urgence. Si le juge tient à observer la nécessité du *fumus boni iuris* comme une condition essentielle pour les référés, cela pourra rendre plus efficace le contrôle juridictionnel. La rigueur pour les référés est envisagée aussi au droit de l'Union. On ne doit pas faire face exclusivement au *periculum in mora*, comme on l'a fait à plusieurs reprises sous le régime de 1994.

Le point qui restera à découvrir est jusqu'où devra aller le juge en ce qui concerne l'examen du contenu des décisions, compte tenu de sa capacité et de l'objectif de la politique du contrôle des concentrations.

## **SECONDE PARTIE : L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL**

**359.** Le contrôle juridictionnel fait l'objet de différentes appréciations. En règle, on varie entre un pouvoir discrétionnaire reconnu aux autorités de concurrence, et un contrôle au fond maximal. L'extension progressive du contrôle juridictionnel qualifié et approfondi peut être un important instrument pour renforcer la politique de concurrence.

**360.** L'examen à présent permet au juge d'étendre le contrôle aussi loin qu'il l'estime nécessaire. Au Brésil, le juge n'exclut pas du contrôle même les aspects les plus controversés de la décision au fond prise par le CADE.

S'agissant du contrôle des actes administratifs différents, on a à présent au Brésil l'analyse menée par le juge des décisions finales (Titre I), et le contrôle des décisions sanctionnant les infractions procédurales (Titre II).

## TITRE I – LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS FINALES

**361.** L'étendue du contrôle du juge dépend des moyens que met en œuvre l'administration au moment de rendre son avis. On voit aujourd'hui que le contrôle *minimum*, dans lequel le juge se contente d'examiner l'exactitude matérielle des faits, est en disparition. Le juge passe donc à contrôler l'intégralité des éléments constitutifs de la décision, en vérifiant donc l'adéquation de la décision à la situation de fait compte tenu des objectifs recherchés.

**362.** Les décisions finales en contrôle reconnaissent le CADE comme autorité compétente à prononcer la décision d'autorisation, refus ou autorisation sous restriction d'une opération. En motivant l'acte administratif, la décision indique le feu vert ou le feu rouge d'une opération.

Au Brésil, entre les exemples de décisions finales dans un contrôle *maximum*, on peut indiquer des recours juridictionnels concernant le contrôle de légalité (Chapitre I), et le contrôle de l'appréciation au fond (Chapitre II).

## CHAPITRE I- LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ : LA COMPÉTENCE DU CADE

**363.** Le fait qu'on ait le juge comme le maître de la procédure contentieuse fait qu'il examine, dès le déclenchement du recours, les aspects qu'il estime entachés d'illégalité.

**364.** En ce qui concerne la légalité au Brésil, il semble qu'il s'agit du contrôle le plus légitime du juge généraliste sans une formation solide en droit de la concurrence, parce qu'on est devant des aspects de la régularité externe. Le juge est habitué à examiner des situations semblables dans d'autres affaires décidées par les autorités administratives. D'après les recours formés au Brésil, on a constaté qu'il convient d'analyser de manière plus approfondie la compétence.

**365.** La notion de compétence repose sur l'aptitude légale d'une personne à adopter un acte. « Pouvoir légal de faire des actes juridiques ». <sup>220</sup> La compétence fait référence au contenu de l'acte, à savoir si la matière qui est concernée relève bien de l'Autorité administrative qui a adopté l'acte. La compétence constitue un vice grave pouvant entacher une décision administrative, tout en constituant un moyen d'ordre public que le juge peut soulever d'office.

**366.** Le débat sur la compétence en contrôle de concentrations a lieu aux premiers moments de la mise en scène d'une autorité de concurrence, et quand la compétence prévue dans la loi est confrontée à des compétences d'autres autorités. L'examen des recours portant sur la compétence des autorités indique que le débat est accru lorsqu'on est devant des secteurs régulés du marché. On parle des marchés où on peut rencontrer des missions de service public<sup>221</sup>, de régulation prudentielle<sup>222</sup>, ou même de souveraineté ou intégration nationale.

**367.** En effet, en raison de l'adoption d'un contrôle de concentrations encore jeune

---

<sup>220</sup> G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », R.D.P., 1923, p. 85 et s. Cet article est issu des *Cours de droit public* de Jèze, publiés en 1922.

<sup>221</sup> Au Brésil on peut indiquer les secteurs de télécoms ou des ports.

<sup>222</sup> Au Brésil, c'est l'exemple des marchés financiers.

au Brésil, il est compréhensible que l'on ait pu douter de la compétence du CADE, notamment lors de décisions rendues sur des secteurs sensibles, où l'exercice de ces compétences peut restreindre les intérêts des entités économiques puissantes.

En observant les situations les plus fréquentes au Brésil, on observe un débat sur la compétence d'attribution, qui est l'aptitude juridique à prendre un acte dans une matière donnée (§ 1<sup>ER</sup>), et sur la compétence territoriale, qui est l'aptitude juridique à prendre un acte valant pour une zone géographique déterminée (§ 2<sup>ÈME</sup>).

## § 1<sup>ER</sup> – LE CONTRÔLE DE LA COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE*

**368.** La compétence *ratione materiae* signifie que l'autorité ne peut prendre des actes administratifs que dans certains domaines. En ce qui concerne la concurrence, qui est une forme d'organisation sociale des relations dans plusieurs secteurs de l'économie, l'autorité de concurrence a, en principe, une compétence générale.

**369.** Au moment de la promulgation de la loi de 1994, on ne voulait exclure aucun secteur du contrôle de concentrations. Le projet de loi n° 3.712/93, envoyé par le Président de la République, sous avis du Ministre de la Justice (qui a ensuite été converti en loi n° 8.884/94), disait que la politique de non intervention de l'État dans les marchés ne représentait pas un aval à des actes de perversion de la liberté. L'autorité créée était prête à agir et à couvrir tous les secteurs.

**370.** Ainsi, dans la majorité des secteurs régulés, le débat sur la compétence du CADE n'a pas eu lieu. Il y avait des lois sectorielles qui traitaient directement des compétences du CADE (secteur des Télécoms), et d'autres secteurs où la compétence du CADE n'était pas mentionnée (secteurs des Ports).<sup>223</sup> Mais dans tous les cas, la compétence de l'autorité était

---

<sup>223</sup> La loi n° 9.472/97, sur les services des télécoms au Brésil, dans son L'article, 19, XIX établit que l'Autorité

sûre et certaine.

À l'inverse, un débat s'est présenté sur la nécessité de notifier une opération et sur la possibilité d'exercice des compétences du CADE dans les secteurs où la loi sectoriale était antérieure à la loi n° 8.884/94, et naturellement ne disposait pas d'une idée originale de concurrence. Ce débat a été particulièrement important dans les marchés financiers (A), et dans le commerce extérieur (B).

#### A) Le secteur bancaire

**371.** Le débat sur la compétence du CADE pour analyser les opérations de concentrations dans le secteur bancaire a commencé dans les années 2000 et n'a pas été tranché jusqu'à présent.

**372.** Le débat s'est déclenché quand le CADE a observé l'achat de la Banco de Crédito Nacional (BCN) par la banque Bradesco SA et a déterminé que Bradesco devait faire la notification de l'opération pour que le CADE puisse évaluer l'impact concurrentiel de la concentration.

**373.** Au moment de la notification de l'opération, les banques ont dénoncé l'incompétence du CADE pour analyser l'opération. Elles alléguaient que l'exclusivité du contrôle de concentration revenait à la Banque Centrale du Brésil (BCB), puisqu'il s'agissait non seulement d'un problème d'application de la loi dans le temps, mais aussi d'un conflit de loi applicable entre droit général et droit spécial<sup>224</sup>. Sans avoir une réponse claire du juge,

---

de Régulation doit veiller au contrôle du marché, en observant les compétences du CADE. En revanche, la loi n° 10.233/2001 sur les ports, ne mentionne pas le CADE, mais les opérations de concentration dans ce secteur ont été toujours notifiées.

<sup>224</sup>Dans ce conflit d'attribution de compétence dans le secteur financier, afin de trancher la question, la banque centrale a demandé un avis à l'avocat général de l'Union Fédérale. Conformément à l'article 41 de la loi n° 73/93, l'avis de l'avocat général sur la question de la compétence a été approuvé par le Président de la République et a ensuite été publié, en conférant ainsi à l'avis une force contraignante à l'égard de tous les organes et entités de l'administration fédérale, qui ont l'obligation de le respecter. Selon l'avis « *GM-20, de AGU* », « le pouvoir d'examiner une opération de fusion d'établissements de crédits nationaux et privés relève

les banques ont notifié tout de même l'opération au CADE, qui l'a analysée, l'a autorisée, mais a appliqué une amende pour notification tardive<sup>225</sup>.

**374.** Les banques ont alors formé un recours pour excès de pouvoir devant le juge. Ils avaient demandé l'examen de la légalité de l'acte du CADE qui prévoyait l'application du régime de la loi n° 8.884/94 au secteur des marchés financiers, régi par la loi n° 4.595/65. À la suite du recours pour excès de pouvoir formé par les banques, le juge de 1<sup>ER</sup> degré a accueilli la compétence exclusive de la Banque Centrale du Brésil. Le CADE a interjeté l'appel de la décision devant le Tribunal Régional Fédéral 1<sup>ÈRE</sup> Région (TRF 1). Les juges d'appel ont cassé la décision du juge de première instance en retenant la compétence du CADE en la matière. Les banques ont à leur tour interjeté un pourvoi devant le Tribunal Supérieur de Justice (STJ). Le STJ a annulé l'amende imposée par le CADE en raison de l'application du principe de la confiance légitime du justiciable et du principe de sécurité juridique<sup>226</sup>, et a retenu un partage des compétences entre les deux autorités. L'affaire est aujourd'hui encore en attente de délibération après un autre pourvoi du CADE auprès du STF.

**375.** À l'heure actuelle, les entreprises qui s'adonnent à des opérations d'acquisition d'entreprise sur les marchés financiers (par OPA-OPE)<sup>227</sup> ou par des investisseurs privés<sup>228</sup>, sont contraintes de notifier dans les deux cas leurs opérations, non seulement auprès du CADE, mais aussi auprès de la Banque Centrale brésilienne, et d'en respecter leurs

---

de la compétence exclusive de la Banque Central du Brésil, à l'exclusion de toute autre autorité y compris le CADE ». À l'inverse, le CADE déclare qu'il n'est pas lié par cet avis, de sorte que celui-ci ne peut pas, en vertu de l'article 50 de la loi n° 8.884/94, limiter ou exclure sa compétence.

<sup>225</sup> Voir, C. CAMPILONGO, J. P. ROCHA et P. MATTOS (dir.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

<sup>226</sup> STJ, 10 juin 2011, Banco de Crédito Nacional S/A e outro, REsp n. 1.094.218 – DF.

<sup>227</sup> À titre d'exemple en 2010, l'opération d'acquisition de la Banque Nossa Caixa par la banque du Brésil a été approuvée par le CADE. En l'espèce, la Banque du Brésil devait détenir après l'opération 71,25% du capital social de la banque Nossa Caixa. Cette acquisition s'opérait par offre publique d'achat (OPA). Le CADE a considéré que cette opération ne provoquait pas d'effet anticoncurrentiel, et l'a approuvée. L'opération a été notifiée au CADE alors même que sa compétence d'attribution restait incertaine.

<sup>228</sup> Dans une autre affaire, le collège du CADE a approuvé la fusion entre Itaú et Unibanco en 2008. Dans cette fusion dans les marchés concernés examinés il n'y avait pas plus de 20% de participation conjointe des deux banques il n'y avait alors aucun risque d'abus de position dominante par celles-ci. Or, encore une fois, l'opération avait été également notifiée au CADE, ce qui démontre que le CADE a une réelle compétence de fait conjointement à la banque centrale.

décisions<sup>229</sup>. Par ailleurs, divers projets législatifs sont en cours d'appréciation pour éliminer de manière définitive le conflit de compétence.

**376.** En France, concomitant aux débats au Brésil, le Conseil d'État a décidé de la question de compétence du secteur bancaire le 16 mai 2003, dans l'affaire Fédération des employés et cadres (CGT-FO) et autres<sup>230</sup>. À ce jour, l'article L.511-4 du Code monétaire et financier dispose qu'une concentration bancaire est contrôlée par l'Autorité de la concurrence.

## B) Le commerce extérieur

**377.** La compétence du CADE a été aussi l'objet de discussion en contrôle des concentrations concernant la promotion de la concurrence en commerce extérieur. Dans ce cas, on avait deux aspects discutés simultanément : la promotion de la concurrence, et la compétence pour trancher les affaires dans le secteur de commerce extérieur.

**378.** En effet, au Brésil, cette question de la promotion de la concurrence dans l'ensemble des domaines, en incluant celui du commerce extérieur, est l'une des fonctions attribuées originellement au SEAE (loi n° 8.884 de 1994 et maintenant dans l'article 19, loi n°12.529/11)<sup>231</sup>. Le SEAE doit proposer des révisions de lois, règlements de l'administration publique fédérale, régionale, municipale et du District Fédéral. Il est aussi de la compétence du SEAE d'indiquer les impacts concurrentiels des mesures en discussion dans le domaine

---

<sup>229</sup> Sur ce thème voir. V. BAGNOLI, « Concorrência no Sistema Financeiro », Valor Econômico, Legislação & Tributos», 18 novembre 2010, p. E2.

<sup>230</sup> La décision a assuré que les opérations de concentration portant sur des activités bancaires n'étaient pas soumises à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie, donnée le cas échéant après avis du conseil de la concurrence. « Une incertitude sur l'application de la législation de la concurrence aux fusions bancaires a été résolue par la Loi d'août 2003, aux termes de laquelle les fusions dans le secteur sont soumises au même test de concurrence que les autres secteurs. Le CECEI avait tenté de subordonner son autorisation d'une grande opération de fusion à des conditions de nature concurrentielle. Mais le Conseil d'État avait jugé que le pouvoir du CECEI était limité à des questions de stabilité du secteur bancaire et de prudence financière »CE, Fédération des employés et cadres (CGT-FO), 16 mai 2003, 255482.

<sup>231</sup>Rappel: (SEAE) Le Secrétariat de la Surveillance Économique était, avant la réforme de la loi de 2011 chargé avec le Secrétariat de droit économique (SDE), de l'instruction des affaires. Sous la loi de 2011, les principales fonctions de ces structures ont été transférées à la Superintendance Générale. Le SEAE à l'inverse de SDE subsiste et conserve son rôle de promotion de la concurrence.

concernant les activités du commerce extérieur (accès au marché et à la défense commerciale).

**379.** En ce qui concerne les affaires liées au commerce extérieur, celles-ci sont en charge de la Camex. La Camex est un organe lié à la Présidence de la République, et qui a pour objectif la formulation, l'adoption et l'implémentation des politiques et des activités rattachées au commerce extérieur, afin de promouvoir la compétitivité internationale du Brésil (loi n° 10.683/2003). Parmi les membres de la Camex figurent des Ministres d'État, comme celui de l'Économie et des Affaires Étrangères.

**380.** Dans l'affaire Owens Corning de 2008<sup>232</sup>, l'analyse du CADE s'est conclue par l'interdiction de l'opération qui formait un monopole dans le marché de fibre de verre. Le marché pourrait être considéré comme international, mais l'analyse du CADE a changé en raison des barrières tarifaires d'importations. En observant cette situation, le CADE a décidé d'envoyer une copie de sa décision à la CAMEX. Le CADE voulait aussi suggérer de siéger au collègue de la CAMEX pour participer à des débats et ainsi supprimer les droits de douanes afin de stimuler la compétitivité du marché.

**381.** L'entreprise Owens Corning a formé des recours en annulation contre la décision du CADE. Parmi ces recours, l'entreprise a traité accessoirement la possibilité du CADE de siéger à la CAMEX.

**382.** Le juge a indiqué qu'il n'entrait pas dans les compétences du CADE, mais plutôt de celles du SEAE de faire la promotion de la concurrence<sup>233</sup>. Le CADE ne pouvait pas non

---

<sup>232</sup> JFDF, 9 novembre 2010, Owens Corning Fiberglass A S Ltda, affaire 2008.34.00.025853-9.

<sup>233</sup> Enfin, au regard de la plaidoirie du CADE référencé comme acte coauteur, je comprends qu'une telle chancelle n'empêche pas le problème d'illégalité, une fois que la compétence légale du Tribunal du CADE est de requérir des informations nécessaires à l'exercice de ses fonctions. Et il ne rentre pas dans les fonctions du CADE, parce que non prévue par la loi, d'instruire un procès pour altération de NCM ou la création de listes d'exceptions. Une telle compétence revient à la CAMEX. Il ne revient pas au CADE, sous l'allégation de veiller sur le principe du plaidoyer de la concurrence, de substituer la CAMEX dans des actes qui sont de sa compétence. Ainsi, je vérifie que sont présents les présupposés qui autorisent la concession de préventive, selon les termes de l'article 7 de la loi n° 1.533/51, au vu de l'importance du fondement, en consistant, avant tout, en l'incompétence du CADE et de ses commissaires, pour instruire un procès de compétence de la CAMEX, ainsi que dans le fait que l'acte soutenu peut résulter en une inefficacité de la mesure, en incluant le paiement d'une

plus s'inviter à siéger à la Camex, car cette possibilité n'existe pas dans la loi n° 10.683/2003 -CAMEX-, ni dans la loi du CADE (n° 8.8884/94 et 12.529/11).

**383.** Le débat au Brésil pourrait continuer de s'approfondir s'il n'était pas plus efficient que le CADE puisse siéger à la CAMEX. Toutefois, la décision du juge dans l'affaire Owens semble parfaite en ce qui concerne la compétence existante au moment de la décision.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LA COMPÉTENCE *RATIONE LOCI*

**384.** Le CADE est compétent pour analyser les opérations dans l'ensemble du territoire brésilien. L'article 88, I et II de la loi de 2011 prévoit que l'obligation de notification des groupes concernés est liée au chiffre ou volume d'affaires (CA) dans le territoire brésilien. Dans les systèmes matures, il y a au moins deux seuils cumulatifs : un seuil dit principal où l'on prend en compte le CA mondial de toutes les entreprises concernées, parce qu'il s'agit d'évaluer la taille de l'opération ; un seuil dit *de minimis* où l'on examine le CA individuel de chaque entreprise concernée sur le territoire de l'autorité qui revendique sa compétence.

**385.** L'option présente dans la loi de 2011 de définir au moins le chiffre d'affaires *de minimis* a été très importante, dans la mesure où l'ancienne loi de 1994 ne donnait aucune information sur le périmètre géographique du chiffre d'affaires pour déclencher l'obligation de notification.

La solution de 2011 a produit une évolution, car l'incertitude des définitions permettait au juge sous le régime de la loi de 1994 d'employer directement la théorie des

---

amende induite. Affaire n. 2009.34.00.005681-1. 20<sup>a</sup> VF/DF Owens Corning Fiberglass A S Ltda X Ato do Conselheiro do CADE.

effets sans observer le CA pour justifier la compétence du CADE (A), et en parallèle on discutait de la pertinence du périmètre national des chiffres d'affaires pour obliger la notification (B).

A) L'application de la théorie des effets

**386.** La théorie des effets concerne l'application de son propre droit à toute relation économique ou juridique dès lors qu'elle provoque des effets sur son territoire. Selon M. Silveira : « Les opérations de concentration peuvent être caractérisées aussi bien par la forme juridique employée que par les effets économiques engendrés. Le premier cas fait référence à des opérations juridiques précises et bien définies, comme les fusions, les absorptions, les acquisitions de parts du capital social et les acquisitions d'actifs des entreprises. Le second cas se réfère aux résultats économiques d'une opération, c'est-à-dire à l'acquisition d'un pouvoir de contrôle d'un agent économique sur un autre. Alors que dans les premiers exemples, la sécurité juridique est assurée, dans les seconds, l'insécurité juridique est évidente, notamment par l'imprécision de la définition des opérations de concentration qui est basée sur ses effets et non sur sa forme juridique »<sup>234</sup>. En ce sens, si l'on n'a pas une précision des définitions, le CADE pourrait revendiquer sa compétence et exercer son analyse dans toutes les concentrations internationales impactant le marché brésilien.

**387.** Sous la loi de 1994, le CADE indiquait que la condition pour exercer le contrôle était la présence « d'impacts concurrentiels » sur le territoire national, indépendamment de la conclusion de l'opération. L'article 54 disait qu'on devait notifier « les actes de toute forme présentés », et l'indication du chiffre d'affaires n'était qu'au paragraphe 3 de ce même article. Ainsi, certains interprétaient l'article 54 comme une obligation de notification pure et simple, nonobstant la prévision du chiffre d'affaires, dès que les effets pouvaient nuire à la

---

<sup>234</sup> P. B. SILVEIRA, « Le contrôle des concentrations transnationales : perspectives comparées », De Boeck Supérieur, 2011/2 (n35), p.139-158.

concurrence :

en accord avec l'avis du Procureur du CADE, que l'opération en l'espèce n'implique pas des actifs localisés sur le territoire national, mais qu'on peut constater une invasion du marché national par le biais des importations et que par conséquent l'opération a donc la capacité de générer des effets sur le marché national. Ainsi, la Loi n° 8.884/94 confère au CADE compétence pour analyser et juger ce type d'opération.<sup>235</sup>

**388.** En vertu de cette interprétation du CADE, le juge brésilien s'est vu saisi de recours quant à l'appréciation de la potentialité des effets d'une opération internationale sur le sol brésilien.

**389.** Dans l'affaire GE/Alston, le STJ, statuant en pourvoi, a analysé l'opération autorisée par le CADE, sous réserve de paiement d'une amende pour notification tardive. En l'espèce, les sociétés exportaient au Brésil des turbines à gaz géantes pour équiper les centrales thermiques, représentant chacune respectivement à peu près 8 % et 9 % du marché brésilien de la vente de ce type d'équipement. La Cour a retenu que, en considérant leur participation sur le marché global, il était indéniable que la fusion en cause provoquerait des répercussions sur le marché du Brésil<sup>236</sup>. Le juge a retenu la compétence du CADE. L'arrêt de la Cour du STJ tranche la question de la compétence *ratione loci* qui avait suscité une position divergente entre le JF en 1<sup>ER</sup> degré et le TRF en 2<sup>ÈME</sup> degré de juridiction.

**390.** La vision de la théorie des effets retenue au Brésil est similaire à l'approche de la Commission européenne dans l'affaire Gencor. Le TPICE avait indiqué que « (...) le fait que, dans le contexte d'un marché mondial, d'autres parties du monde soient affectées par la concentration ne saurait empêcher la Communauté d'exercer son contrôle sur une opération de concentration affectant substantiellement la concurrence à l'intérieur du marché commun en créant une position dominante (...) »<sup>237</sup>. La différence est qu'en Europe, on observait toujours le chiffre d'affaires. Cette situation était le débat initial sur la compétence du CADE

---

<sup>235</sup>JFDF, 10 novembre 1999, General Electric Company, Affaire n. 08012.005572/1999-99.

<sup>236</sup> STJ, 8 juin 2010, General Electric Company, Affaire n. 615.628/DF.

<sup>237</sup> TPICE, 25 mars 1999, Gencor Ltd, T-102-96.

et qui a posé les bases des règles de la loi de 2011.

## B) Les chiffre d'affaires locaux

**391.** Comme on l'a vu, l'article 54 §3 de la loi de 1994 indiquait que toutes les entreprises, ayant un chiffre d'affaires de 400 millions de réais ou plus, étaient obligées de notifier leurs opérations au CADE. La loi était silencieuse sur la question de l'origine géographique du chiffre d'affaires.

**392.** Dans les premiers moments de la mise en place de la loi, on avait soulevé la crainte des entreprises d'être sanctionnées. À ce titre, les entreprises ont volontairement et consciencieusement notifié presque toutes les opérations de concentrations qui atteignaient un chiffre d'affaires de 400 millions de réais, non seulement au Brésil, mais aussi dans d'autres pays : la notion de chiffre d'affaires global.

**393.** L'idée des chiffres d'affaires mondiaux a perduré jusqu'à l'affaire Krone. En l'espèce, le CADE analysait l'achat de la société Krone par Krone Digital. Le revenu mondial de la société acquéreuse était de 2,38 milliards de réais, tandis qu'au Brésil il était seulement de 7 millions de réais. En prenant en compte seulement le chiffre d'affaires national, l'opération ne présentait pas de risque. Bien qu'il y ait eu des discussions internes auparavant, le sujet a définitivement changé après cette affaire. Ainsi, le CADE a modifié sa jurisprudence, en décidant que dorénavant, il serait plus utile de prendre en compte seulement le chiffre d'affaires des entreprises au Brésil.

**394.** Avant cette décision administrative, on a vu, à plusieurs reprises, des recours formés devant le juge par les entreprises pour faire valoir l'illégalité de la décision du CADE qui « dépassait » sa compétence *ratione loci*. Et dans le même sens de la décision administrative, le juge a annulé plusieurs décisions, en décidant qu'il était du devoir de l'entreprise de présenter au CADE les opérations uniquement lorsque l'une des entreprises dépassait le seuil prévu par la loi brésilienne. Il « doit être retenu le chiffre d'affaires

enregistré sur le territoire brésilien des entreprises ou groupe d'entreprises qui participent à l'opération de concentration (...) »<sup>238</sup>.

**395.** On a commencé à soutenir que la nouvelle loi devait fixer la compétence territoriale du CADE par rapport au chiffre d'affaires national du groupe concerné. Cette exigence est en phase avec les travaux de l'ICN, qui relève que la clarté et la simplicité sont des outils essentiels pour le bon fonctionnement des notifications. Si on a plusieurs opérations transnationales et plusieurs autorités chargées d'examiner les opérations, on doit utiliser les montants nationaux des revenus des entreprises, surtout parce que les entreprises ont plus de facilité à maintenir les informations dans le fonctionnement naturel.

---

<sup>238</sup> Traduction libre, original: « *é relevante o faturamento bruto registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração (...) e não se justifica a imposição de penalidade de multa* ». En ce sens voir : (TRF 1, 26 mars 2013, Ryder Truck Rental, Affaire n. 0003834-60.2002.4.01.3400/DF).

## CHAPITRE II – LE CONTRÔLE DE L'APPRÉCIATION AU FOND

**396.** Pour analyser l'opération au fond, le contrôle administratif du CADE suit des orientations classiques utilisées par plusieurs pays. Son examen est donc fondé sur une base légale et sur des aspects techniques, y compris des *standards* internationaux, qui doivent identifier si l'opération porte ou peut porter atteinte à la concurrence. Ce genre d'analyse réduit la marge discrétionnaire de la décision et augmente la prévisibilité pour les entreprises.

**397.** Si on comprend que le juge puisse faire l'examen final sur la concentration, on devrait ainsi admettre qu'il faut suivre, de la même manière que les autorités administratives, les orientations d'analyse concurrentielle, y compris les *best practices* qui aboutissent à une analyse technique.

**398.** L'extension progressive de la participation du juge au Brésil dans l'analyse concurrentielle de contrôle de concentration est observée aussi au droit de l'Union. Le Tribunal a assumé de plus en plus le rôle d'amélioration des analyses de la Commission.<sup>239</sup> D'ailleurs, le droit de la concurrence est le droit économique par excellence<sup>240</sup>, ce qui justifie ce regard économique du juge vers les opérations de concentration.

En ce sens, dans les analyses menées par les juges jusqu'à présent au Brésil, on observe qu'ils ont suivi des aspects du test d'évaluation de l'impact concurrentiel (Section I), confronté aux justifications d'une opération qui autorisent des concentrations portant atteinte à la concurrence. (Section II).

---

<sup>239</sup> G. VALLINDAS, *Droit européen des concentrations*, Bruxelles, Bruylant, 1<sup>er</sup> ed., 2017, p. 255.

<sup>240</sup> C. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », J.-Cl. Concurrence Consommation, fasc. 30, 1991, p. 25 et s.

## Section I – Le contrôle de l’application du test d’évaluation

**399.** Selon les pratiques recommandées par l’ICN en matière de contrôle des concentrations, l’analyse concurrentielle a pour objet d’identifier et d’empêcher ou de corriger uniquement les opérations de concentration susceptibles de nuire de manière significative à la concurrence. On doit pour autant fournir un dispositif complet permettant le traitement efficace des opérations<sup>241</sup>.

**400.** Selon Madame Sibony, en parlant des aspects économiques observés par les juges en Europe, « l’économie se présente comme une doctrine des faits pertinents pour apprécier une situation de concurrence et c’est précisément la distribution des pertinences dans le raisonnement économique qui est intéressante du point de vue du juge ».<sup>242</sup>

Parmi les aspects importants d’identification de l’impact concurrentiel, on observe que le juge brésilien, même sans indiquer le parcours, fait attention à des aspects attachés à la définition du marché pertinent (§ 1<sup>ER</sup>) et à la puissance économique résultant de l’opération (§ 2<sup>ÈME</sup>).

### § 1<sup>ER</sup> – LE MARCHÉ PERTINENT

**401.** Selon l’ICN un marché pertinent est composé d’un produit ou d’un groupe de produits ainsi que d’une zone géographique au sein de laquelle celui-ci est fabriqué ou vendu. À la suite de cette définition, il sera possible d’entendre la participation des parties

---

<sup>241</sup> Pratiques recommandées par l’ICN en matière d’analyse des opérations de concentrations (révisées en 2017). Disponible à l’url : [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

<sup>242</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 158.

concernées dans le marché<sup>243</sup>.

**402.** Au sein de l'Union européenne : « l'analyse du marché pertinent peut apparaître comme le lieu par excellence de l'analyse économique en droit de la concurrence et comme le symbole de l'ouverture du juge à l'économie »<sup>244</sup>. Cette question est discutée depuis longtemps, depuis l'annulation de l'arrêt *Continental/Can* en raison de vice dans la définition du marché<sup>245</sup>.

**403.** Dans ce qu'on pourrait appeler le dialogue des juges autour de l'analyse des faits de la concentration, rien n'a été plus discuté au Brésil que les moyens et la définition du marché pertinent. L'aspect économique porte principalement sur les critères de définition du marché.

En ce qui concerne le contrôle juridictionnel du marché pertinent, deux points ressortent dans la discussion au Brésil : les moyens de leur définition (A), et le choix d'une approche plus appropriée (B).

#### A) Les moyens de définition

**404.** Les moyens de définition du marché pertinent au Brésil sont présents dans le guide des concentrations du pays<sup>246</sup>. Il est important de souligner que la plupart des opérations qui ont été analysées dans les recours juridictionnels ont été des opérations de concentrations horizontales.

**405.** Ainsi, en observant les orientations du guide, on fait attention à la réaction des consommateurs et des producteurs aux changements des prix relatifs – le degré de

---

<sup>243</sup> Pratiques recommandées par l'ICN en matière d'analyse des opérations de concentrations (révisé en 2017). Disponible à l'url : [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

<sup>244</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 291.

<sup>245</sup> CJCE, 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can / Commission*, 6/72.

<sup>246</sup> Règlement SEAE/SDE N. 50, du 1<sup>er</sup> août 2001.

substitution parmi les produits ou le degré d'élasticité-prix des matières premières utilisées par les producteurs. Le test du « monopoleur hypothétique » est l'instrument d'analyse utilisé pour mesurer le degré de substituabilité des biens et services, et plus largement pour la définition du marché pertinent. Cette méthode présente un intérêt pour le juge, car elle lui permet d'évaluer les prétentions contradictoires des parties sur la délimitation du marché et les éléments pertinents pour sa décision<sup>247</sup>.

**406.** Dans l'affaire Realty S.A. Empreendimentos e Participações Ltda. de 2010, l'opération a été autorisée moyennant des restrictions par le CADE, notamment en ce qui concerne la clause de non concurrence ; et dans cette affaire le juge au Brésil a retenu l'importance de la définition de marché pertinent pour la restriction opérée. En l'espèce, le juge a condamné la décision administrative parce que celle-ci devait être basée sur des « documents suffisants » à titre objectif, et cela n'avait pas eu lieu.<sup>248</sup>

**407.** On observe que, dans l'examen du marché pertinent, l'existence des critères objectifs (comme un guide) permettent au juge de suivre le chemin du CADE et de prononcer une décision technique. L'analyse opérée actuellement est très intuitive, en indiquant la nécessité de documents suffisants pour la définition du marché pertinent. Pourtant, le juge peut exiger la démonstration des procédés suivis par le CADE, lesquels l'autorité assure être les plus acceptables, et ne pas invoquer une analyse générique des documents suffisants.

**408.** L'existence d'un critère objectif peut certainement faciliter le travail du juge et réduire la possibilité que l'affaire soit tranchée de manière arbitraire. Le droit de l'Union européenne considère les guides comme un important instrument qui soutient les examens du juge. En ce sens on peut mentionner les affaires Société Royal Philips Electronic<sup>249</sup> et Société Coca-Cola CO<sup>250</sup>. Cette dernière affaire a notamment fait référence à une notion

---

<sup>247</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 315.

<sup>248</sup> JFDF, 20 janvier 2011, Realty S.A. Empreendimentos e Participações Ltda., Affaire n. 47476-05.2010.4.01.3400.

<sup>249</sup> CE, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic, 249267.

<sup>250</sup> CE, 9 avril 1999, Société The Coca-Cola CO, 201853.

objective et non discrétionnaire du marché pertinent.

## B) Le choix d'une définition

**409.** Les enjeux de la définition du marché pertinent ne sont pas toujours évidents. On peut aboutir à des conclusions controversées, et en ce sens la difficulté du juge sera la même que celle des autorités : choisir l'approche la plus appropriée selon le cas. Quand on parle de choisir une approche de définition de marché, « pour importante qu'elle soit, elle n'est pas exempte d'imperfections »<sup>251</sup>.

**410.** La difficulté de définition du marché pertinent en contrôle de concentrations est encore plus évidente car, si la définition du marché pertinent dans les affaires d'abus de position dominante doit observer l'évaluation au moment où l'infraction a eu lieu, pour les affaires de concentration l'analyse est prospective. On doit prospecter sur les effets de l'opération en procès d'évolution dynamique.

**411.** Même si la définition du marché est un simple outil d'analyse et qu'on peut vérifier directement le pouvoir de marché<sup>252</sup>, son identification est habituelle chez les juges au Brésil, et dans ce cas devient décisive pour le contrôle.

**412.** Dans l'affaire Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda de 2010, le principal aspect qui a contraint le juge à annuler la restriction imposée par le CADE a été le marché pertinent. L'autorité brésilienne a retenu un marché pertinent plus grand que la ville de São Paulo. Les parties, soutenues par l'avis d'experts, arguaient que le marché se limitait à la ville de São Paulo. Le juge a été amené à arbitrer parmi ces deux possibilités envisagées dans

---

<sup>251</sup> J. PHILIPPE, « La mesure du marché pertinente », *Révue française d'économie*, v. 13, n. 4, 1998, p 125-159.

<sup>252</sup> F.M. FISHER, « Horizontal mergers : triage and treatment », *Journal of Economic Perspectives*, 1 Fall, 1987, p. 492-508.

l'analyse administrative, et à donner sa propre définition, en accord avec les entreprises<sup>253</sup>.

**413.** Certes on doit considérer que la charge d'observer les aspects économiques pertinents appartient, en premier lieu, à l'autorité de concurrence. Mais si on a un doute sérieux, surtout supporté par des avis d'experts dans un sens contraire, le rôle du juge devient plus difficile. Au Brésil, on n'a pas aujourd'hui d'experts juridictionnels, ni de juge avec une formation en droit économique. La décision du juge, en ce sens, est un jeu subjectif basé sur des critères aléatoires.

**414.** En droit de l'Union européenne, en règle générale, le juge reconnaît le pouvoir de la Commission dans l'appréciation des faits et dans la détermination des critères fixés pour les considérer.<sup>254</sup> L'existence d'une définition préalable fondée sur des critères objectifs aidera le juge dans sa définition. Toutefois, dans les cas où l'autorité n'a pas réussi à définir ou a été commise une erreur dans la définition, identifier le marché pertinent ne sera pas une activité difficile pour un juge habitué au contrôle juridictionnel approfondi des opérations.

## § 2<sup>ÈME</sup> – LA PUISSANCE ÉCONOMIQUE

**415.** Les caractéristiques du marché déterminent l'organisation et la taille des entreprises, et permettent d'identifier quelles sont les données pertinentes de ce marché pour effectuer une analyse de concentration. On sait que ces marchés peuvent fonctionner sur un modèle de concurrence pure et parfaite, en monopole, en concurrence monopolistique ou en oligopole. Ces différents modèles ont une influence sur l'entreprise et son comportement dans la fixation des prix. En Europe, la Cour de Justice prend en considération le type de

---

<sup>253</sup> Dans ce sens, JFDF, 9 septembre 2013, Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda., Affaire n. 47476-05-2010.4.01.3400.

<sup>254</sup> Arrêt de la CJCE, 31 mars 1998, France e.a. / Commission, C-68/94 et C-30/95.

structure concurrentielle du marché en faisant référence aux caractéristiques du marché.<sup>255</sup>

**416.** D'une manière générale, le renforcement du pouvoir de marché passe par deux mécanismes différents. On parle des effets unilatéraux et des effets coordonnés. Quand les entreprises cherchent à maximiser leurs profits et les autres entreprises du secteur s'adaptent aux conséquences, on parle des effets unilatéraux. En revanche, si les conditions *ex post* du marché engendrent un comportement coopératif, on parle d'effets coordonnés<sup>256</sup>.

Même si on n'a pas eu plusieurs affaires juridictionnelles en contrôle de concentration, on observe que le juge au Brésil cherche à identifier l'existence du pouvoir de marché (A) et à vérifier si son exercice est possible (B).

#### A) L'identification du pouvoir de marché

**417.** Les preuves indiquant qu'une entité économique a une partie substantielle du marché ou que le marché est considérablement concentré aident le juge dans l'identification du pouvoir de marché. Le juge brésilien n'a pas une méthode concurrentielle d'examiner les affaires ni l'habitude de suivre les guides, mais il s'occupe de créer des présomptions pour observer si l'opération engendre une entreprise puissante.

**418.** Le monopole est une des conditions du marché les plus préoccupantes d'un point de vue économique<sup>257</sup>. La possibilité d'une réduction de qualité ou d'augmentation des prix doit être préalablement évitée.

---

<sup>255</sup> Arrêt du TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients /Commission, T-224/00, Rec. P. II-2597.

<sup>256</sup> P. PAPANDROPOULOS, « L'analyse économique des effets unilatéraux des concentrations », *Revue Concurrences*, n° 2, 2007, p. 16-22.

<sup>257</sup> Traduction libre Selon M. FRIEDMAN, *Capitalismo e liberdade*, São Paulo, LTC, 2014, p. 31 : « L'échange est véritablement volontaire quand il existe des alternatives presque équivalentes. Le monopole implique l'absence d'alternatives et empêche, donc, la liberté effective de l'échange ».

**419.** Même si le monopole peut être défendu dans certains cas<sup>258</sup>, cette structure du marché a donné l'occasion au juge de souligner le danger de l'opération lorsqu'elle risque de déboucher sur la formation d'un monopole. Il est possible de déduire de la lecture des décisions que le juge est particulièrement impliqué dans le traitement de ces affaires.

Je souligne que, selon le raisonnement employé, le maintien de l'opération assure aux parties un pouvoir de monopole sur la fabrication de fibre de verre, avec une domination substantielle du marché, une élimination de la concurrence et une possibilité d'augmentation arbitraire des profits. Compte tenu des effets négatifs potentiels précités que l'opération pourrait avoir sur les consommateurs, la décision d'annuler l'acquisition n'est pas excessive.<sup>259</sup>

**420.** La même préoccupation peut être remarquée dans l'affaire Vale do Rio Doce. Le juge affirme que l'opération de concentration a débouché sur un « quasi-monopole », en ce que la nouvelle entité a obtenu la « quasi-totalité » du minerai de fer du pays et de l'infrastructure logistique pour le flux de production (chemin de fer et port). Dans l'affaire GE/Alstom, le fait qu'il y ait un oligopole qui conduit à des probables effets coordonnés a été l'argument du juge pour justifier l'examen de l'opération et ses effets au Brésil.

**421.** Le juge au Brésil crée des présomptions sur l'impact des monopoles et oligopoles, sans qu'on analyse les réels effets sur le marché.

**422.** En Europe, l'analyse menée par l'Union européenne dans l'affaire Kali & Salz et Gencor fait référence aux risques d'effets coordonnés à la formation de position dominante collective, dont la perception exige plus d'éléments que la simple constatation d'existence d'un nombre restreint d'entreprises sur le marché<sup>260</sup>. Selon Mme Sibony, « ces arrêts marquent les étapes de l'intégration progressive du cadre d'analyse économique à la définition de la charge de l'allégation relative à la position dominante collective dans le contrôle des

---

<sup>258</sup> « Le monopole naturel se produit lorsque l'investissement nécessaire pour produire implique des coûts fixes élevés, ce qui rend le coût total à long terme moindre lorsque la production augmente. Dans les industries de ce type, un seul producteur sera en mesure de produire à un coût moindre que s'il y avait deux producteurs sur le marché ». Voir la justification de R. TUMA. « Sobre o monopólio natural e o modelo competitivo no setor elétrico brasileiro », IFE 1585, IE-UFRJ, 2005. Disponible sur : <http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/artigos/tuma2.htm> (accédé en mai 2019), (traduction libre).

<sup>259</sup> JFDF, 9 novembre 2010, Owens Corning, Affaire n. 2008.34.00.025853.

<sup>260</sup> Voir aussi N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, PGDJ, 2<sup>e</sup> ed., 2018.

concentrations »<sup>261</sup>. Plus que la constatation d'un marché concentré, on exige des critères pour savoir s'il est possible d'identifier une position dominante collective.

**423.** On voit qu'au Brésil on est encore sous la logique des présomptions, tandis qu'en Europe le juge prévoit quelles doivent être les conditions pour observer les problèmes dans les concentrations qui aboutissent en monopoles, et il impose des critères pour la constatation d'une position dominante collective.

#### B) La possibilité d'exercice du pouvoir de marché

**424.** L'examen de l'exercice du pouvoir de marché n'a jamais été l'objet des réflexions par les juges au Brésil. Comme on le sait, l'analyse prospective doit identifier la puissance originaires de l'opération, mais aussi observer un scénario contrefactuel à travers lequel on cherche à examiner toute évolution importante de l'état de la concurrence. Ainsi, il faut analyser la position sur le marché, la puissance économique et financière, la possibilité de choix des fournisseurs, l'accès aux sources d'approvisionnement, si on a en fait des barrières à l'entrée. Enfin, tout ce qui concerne la vérification que le pouvoir pourra être exercé.

**425.** On pense qu'il est fort difficile pour le juge d'identifier et d'évaluer les effets négatifs d'une opération. Devant un monopole, la présomption semble plus facile, puisque la doctrine économique fait aussi quelques présomptions. Mais cela n'existe pas parmi toutes les opérations.

**426.** Selon les exemples européens, le juge devra exiger du CADE l'identification et la preuve des effets négatifs que nous « aurions pu avoir dans le marché ».

**427.** L'arrêt Tetra Laval de 2005 a indiqué qu'il serait contraire à l'objectif de

---

<sup>261</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p. 471-472.

prevention du règlement d'exiger de la Commission qu'elle examine, pour chaque projet de concentration, dans quelle mesure les incitations à adopter des comportements anticoncurrentiels seraient réduites, voire éliminées, en raison de l'illégalité des comportements en question, de la probabilité de leur détection, de leur poursuite par les autorités compétentes, tant au niveau communautaire que national, et des sanctions qui pourraient en résulter. Pour Mme Sibony, « en refusant les exigences probatoires posées par le Tribunal relativement à l'analyse des incitations, la Cour a voulu mettre un point d'arrêt au contrôle du raisonnement économique au titre du contrôle des motifs » .

**428.** Dans l'affaire *Energias de Portugal* 2005, la Commission a déclaré incompatible avec le marché commun l'opération de concentration par laquelle EDP (*Energias de Portugal, SA*) et *Eni Portugal Investment SpA* devaient acquérir conjointement le contrôle de *Gas du Portugal SGPS*. La décision a été confirmée par le tribunal de l'UE qui, à cette occasion, a réaffirmé que dans le cadre du contrôle juridictionnel des opérations de concentrations la charge de la preuve de l'incompatibilité de la concentration avec le droit de l'Union Européenne pèse sur la Commission et non sur les parties qui notifient l'opération. La Commission doit examiner une opération de concentration « telle qu'elle a été modifiée par les engagements valablement proposés par les parties à l'opération » <sup>262</sup>. En ce sens, c'est à la Commission de prouver que les remèdes légalement proposés par les parties ne répondent pas aux problèmes de concurrence soulevés, de sorte que les intéressés peuvent former des recours sur les obligations lorsque leurs propres propositions de solutions n'ont pas été observées par la commission. Dans un autre arrêt, *GE* de 2005, le Tribunal de l'UE précise que la Commission « a la possibilité de prendre une décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun après modifications apportées par les parties », ainsi elle doit attendre que les parties proposent des engagements sur lesquels elle statuera afin d'évaluer leur compatibilité avec le marché commun<sup>263</sup>.

**429.** Les motivations sur lesquelles s'appuie le juge en Europe pour prendre ses décisions indiquent que le juge devra identifier la probabilité d'exercice du pouvoir de

---

<sup>262</sup> TPICE, 21 septembre 2005, *EDP / Commission*, T-87/05.

<sup>263</sup> TPICE, 14 décembre 2005, *General Electric / Commission*, T-210/01.

marché : « applicable en matière civile, ce standard signifie que, pour s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe, une partie doit convaincre le juge que ce qu'elle allègue est « plus probable qu'improbable » (more probable than not). Ce même standard est également appelé « prépondérance of évidence », ce qui signifie que le juge doit retenir les preuves apportées par une partie si elles sont plus convaincantes que les preuves contraires apportées par son adversaire »<sup>264</sup>.

**430.** L'arrêt de l'affaire Cisco Systems Inc. de 2013 indique que lorsque la Commission se fonde sur un comportement futur qui, selon elle, sera adopté par une entité fusionnée à la suite d'une opération de concentration, il lui appartient d'établir, sur la base de preuves solides et avec un degré de probabilité suffisant, que ce comportement se produira réellement<sup>265</sup>. Selon Mme Sibony, « le remède qui est trouvé par les juges consiste à maintenir une exigence de cohérence du raisonnement tout en admettant une limite à l'exigence de motivation »<sup>266</sup>.

**431.** Étant donné qu'au Brésil le juge est libre de choisir les raisons de sa décision, ayant la nécessité toutefois de la motiver au moment du délibéré (l'intime conviction motivée)<sup>267</sup>, il semble qu'il sera distant des *standards* probatoires présents en Europe. Le juge sera attaché aux méthodes et modèles qu'il trouve les plus cohérents. Cela fait augmenter l'insécurité juridique.

---

<sup>264</sup> -L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence: pour un changement de perspective », RTD eur. 43 (2), avr.-juin 2007. Voir aussi H. LEGAL, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », Revue Concurrences, n° 2, 2005, p. 1; v. eg. H. LEGAL, « Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law », in B. HAWK (Ed.), *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute 2005*, vol. 32, Huntington, N.Y., Juris Publishing, 2006, p. 107-116.

<sup>265</sup> Trib. UE, 11 décembre 2013, Cisco Systems et Messagenet / Commission, T-79/12. Dans le même sens TPICE, 14 décembre 2005, General Electric / Commission, T-210/01, Rec. p. II-5575, point 464.

<sup>266</sup> A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008, p.758.

## Section II – Le contrôle des justifications d’une opération

**432.** La possibilité d’exercice du pouvoir de marché peut être compensée au Brésil, selon l’article 88, § 6, de la loi de 2011, par l’augmentation de la production ou de la compétitivité, la qualité des produits et services, ou même l’efficience et le développement économique du marché. En France, l’article L. 430-6 du Code du Commerce prévoit que, en phase d’examen approfondi, l’Autorité de la concurrence (AdlC) « apprécie si l’opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ».

En observant les affaires brésiliennes, le juge en contrôle approfondi sera contraint d’examiner parmi les aspects de l’article 88 les raisons économiques (§ 1<sup>ER</sup>) et les raisons d’intérêt collectif (§ 2<sup>ÈME</sup>) qui peuvent faire autoriser une opération de concentration.

### §1<sup>ER</sup> – LES RAISONS D’ORDRE ÉCONOMIQUE

**433.** Selon l’ICN, les autorités doivent évaluer attentivement toute allégation étayée par les parties à la concentration selon laquelle l’opération générera des gains suffisants pour empêcher ou atténuer les effets anticoncurrentiels unilatéraux qui en découlent. Le caractère de cette évaluation n’est pas mentionné au Brésil, mais le traitement proportionné de toute réduction de concurrence s’impose.

Dans les affaires jusqu’à présent observées au Brésil, on doit tenir compte des aspects économiques de gain d’efficacité (A) puis l’exception de l’entreprise défaillante (B). Comme on le sait, le contrôle des concentrations poursuit un objectif de protéger la concurrence sans porter atteinte aux effets positifs sur l’économie.

A) Les gains d'efficacité

**434.** Les gains d'efficacité sont observés pour envisager l'adéquation entre une fin et les moyens mis en œuvre pour les réaliser. Au Brésil, depuis la loi de 1994, les éventuels gains d'efficacité doivent être présentés dans les opérations de concentration qui portent atteinte à la concurrence. Les requérants doivent ainsi indiquer soit l'augmentation de la productivité ou de la concurrence, soit l'amélioration de la qualité de biens et services. L'analyse des décisions brésiliennes démontre que des aspects de l'opération sont confrontés à la nécessité de transfert des efficiences de l'opération aux consommateurs.

**435.** Dans l'affaire Vale do Rio Doce, le juge a cité les gains d'efficacité dans sa décision et les a évalués en confirmant la décision du CADE. Encore une fois, la présomption a été présente. Selon le juge, les gains d'efficacité de la concentration ont été pris en compte dans la décision administrative. Toutefois, il n'a pas pu observer comment ceux-là pourraient améliorer les conditions du marché, car la grande participation de marché, les grandes barrières à l'entrée, et la difficulté d'importation du produit indiquaient « plutôt une absence du transfert des éventuels gains aux consommateurs ». Le quasi-monopole ne pourrait être défait que par l'imposition des remèdes structureux, ce qui empêcherait les effets négatifs pointés et pourrait justifier l'autorisation de l'opération.

**436.** En Europe, il incombe aux parties qui le souhaitent de construire un argumentaire motivé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels, et de fournir tous les éléments de preuves utiles pour soutenir cette démonstration. À titre indicatif, la Commission propose dans ses lignes directrices que « les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision de lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs

avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer »<sup>268</sup>. Ainsi, « les gains d'efficience doivent toujours être appréciés dans le cadre d'une pondération d'intérêts, puisqu'ils doivent profiter aux consommateurs ».

**437.** Il faut donc prendre en compte l'impact qu'auront des gains d'efficacité prouvés, dont la réalisation serait peu probable en l'absence de l'opération de concentration, la capacité et l'intérêt de l'entité issues de la concentration à entrer en concurrence et si ces gains d'efficacité peuvent préserver ou renforcer la concurrence, profitant ainsi au consommateur.

**438.** La pondération entre les aspects de gains d'efficacité et les problèmes identifiés est depuis longtemps envisagée en France. Dans sa décision dans l'affaire Société Pernod Ricard, le Conseil d'État a évalué que les effets anticoncurrentiels de l'opération ne seraient pas compensés par le progrès économique. Le raisonnement d'impact de l'opération sur la structure du marché est également présent dans l'analyse du droit de l'Union européenne. Dans l'affaire Deutsche Börse AG de 2015, le Tribunal de l'Union européenne a indiqué qu'il est hautement improbable qu'une opération qui débouche sur une position de quasi-monopole, ou sur un niveau de pouvoir de marché comparable, puisse être déclarée compatible avec le marché commun.

**439.** Si le juge veut approfondir le contrôle, il aura besoin de définir clairement quelles seront les exigences pour les entreprises et pour le CADE. Si aujourd'hui au Brésil on est devant la logique des présomptions pour identifier le pouvoir de marché, la constatation de la possibilité d'exercice du pouvoir de marché exige une analyse plus détaillée, comme celle indiquée dans l'arrêt Cisco.

---

<sup>268</sup> « Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », 2013, p. 149.

## B) L'exception de l'entreprise défaillante

**440.** Tant au Brésil qu'en Europe, on admet l'application de la théorie de l'entreprise défaillante lors de l'analyse administrative. Ce sujet a déjà été l'objet de débats, même au sein du CADE, qui a conclu que la théorie doit être subordonnée à des conditions propres préétablies. Les conditions sont les mêmes que celles soutenues par l'ICN : « les autorités doivent attentivement étudier les déclarations des parties à la concentration selon lesquelles une opération de concentration ne portera pas atteinte à la concurrence en raison du fait que l'entité rachetée et ses actifs seraient dans tous les cas sortis du marché en l'absence de l'opération de concentration. Les conditions sont la disparition inéluctable de l'entreprise acquise, l'absence d'une solution alternative moins dommageable pour la concurrence et la neutralité pour les consommateurs du fait que même en l'absence de l'opération, le nombre d'entreprises demeurerait le même »<sup>269</sup>. Si la société avait de toute façon disparu du marché, l'opération ne serait pas la cause de la restriction et devrait donc être autorisée<sup>270</sup>.

**441.** Au Brésil, le débat d'autoriser une opération dont l'une des entreprises est dans des conditions défaillantes peut avoir lieu directement par le juge, sans l'observance des théories indiquées ci-dessous, ou même sans une analyse du CADE.

**442.** Le juge en charge de l'organisation des sociétés n'est pas subordonné aux critères observés dans la théorie de l'entreprise défaillante et peut, par des raisons propres, autoriser la concentration même si elle a été ou serait interdite par le CADE. Dans le but de sauver une entreprise défaillante, l'organisation sociétaire peut accepter l'achat ou la vente d'une entreprise, parallèlement à la décision du CADE.

**443.** Dans l'affaire Camil/Carreteiro<sup>271</sup>, même si le CADE a aussi autorisé l'opération,

---

<sup>269</sup> F. A. OLIVEIRA JUNIOR, *A Teoria da failing firm e sua aplicação no Brasil*, Salvador, Editora Juspodium, 2016. En droit de L'Union, Commission européenne, 14 décembre 1993, Kali / Salz e.a., IV/M.308.

<sup>270</sup> Selon l'ICN on devra observer si : a) l'entreprise est incapable de remplir ses obligations financières dans un avenir proche, (b) il n'existe aucune perspective sérieuse de réorganisation de l'activité, (c) il n'existe aucune autre solution crédible moins anticoncurrentielle que l'opération de concentration concernée et (d) l'entreprise et ses actifs sortiraient du marché dans un avenir proche à défaut de concentration

<sup>271</sup> JFRJ, 23 octobre 2012, Camil, Affaire n.005178576.2012.8.19.0001.

le juge de l'organisation des entreprises a indiqué que la décision d'autorisation de l'opération et sa conséquence réalisation ne faisait pas l'objet d'un examen « nécessaire » du CADE. Cela a été la décision, même si on considère qu'il n'existe pas, *a priori*, une prévalence d'une décision sur une autre. Selon M. Oliveira Junior on doit observer à travers une analyse au cas par cas les avantages sociaux de la réorganisation judiciaire de la société.<sup>272</sup>

**444.** De plus, dans l'examen d'une affaire concernant l'entreprise Usiminas, l'un des juges du STJ a indiqué que l'absorption des actifs d'une entreprise soumise à la réorganisation judiciaire ne pouvait pas être confrontée par une décision du CADE. Selon le juge, il s'agit des actes de négociation privés qui ont déjà eu l'accord du juge. En ce sens, peu importe une décision de l'Autorité qui pourrait empêcher la création de richesses pour l'économie<sup>273</sup>. Cette idée a déjà reçu le soutien d'une partie de la doctrine. Selon M. Campinho, il ne s'agit pas d'une exemption *anti-trust*. C'est tout simplement le juge qui est en charge d'évaluer les risques d'une telle opération pour la concurrence<sup>274</sup>.

**445.** Même si une autre partie de la doctrine, comme M. Cravo, indique que le CADE doit faire l'évaluation des risques concurrentiels d'une telle opération<sup>275</sup>, la position du juge du STJ est un signe que le juge de la réorganisation des sociétés peut remplacer intégralement les décisions du CADE sous la base des arguments d'exception.

---

<sup>272</sup> F. A. OLIVEIRA JUNIOR, *A Teoria da failing firm e sua aplicação no Brasil*, Salvador, Editora Juspodium, 2016.

<sup>273</sup> STJ, 21 mars 2012, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A USIMINAS e outros, REsp 1.287.092-DF.

<sup>274</sup> S. CAMPINHO, « Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do CADE », in G. G. BRUSCHI et al. (dir.), *Direito Processual empresarial: estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 893-908.

<sup>275</sup> D. C. CRAVO, « Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do Cade ou competência exclusiva do juízo falimentar? ». *Revista Jurídica Lex*, v. 56, 2012, p. 178-201.

§2<sup>ÈME</sup> – LES RAISONS « D'INTÉRÊT COLLECTIF »

**446.** Le cadre juridique du contrôle des opérations de concentration relevant du droit de la concurrence (« droit du contrôle des opérations de concentration ») doit être exclusivement axé sur l'identification et la prévention ou la correction des opérations de concentrations anticoncurrentielles. Le droit du contrôle des opérations de concentration ne doit pas être invoqué à d'autres fins<sup>276</sup>. Cela est la pratique recommandée par l'ICN en matière d'analyse des opérations de concentrations.

Force est de dire, toutefois, que parfois, le juge au Brésil profite d'une affaire concurrentielle pour développer ou soutenir d'autres intérêts. L'activisme du juge vient de plusieurs facteurs distants de la juridiction, qui reconnaissent des droits individuels, en les assurant, contrairement à l'inefficacité de l'État<sup>277</sup>. Dans le but d'appliquer et renforcer l'effet et la portée d'un secteur sensible (A) et de garantir des principes du droit du travail, comme celui de la garantie de l'emploi, dans un contrôle approfondi des concentrations (B), le juge rend applicable des raisons sociales d'intérêt collectif aux opérations.

A) La protection d'un secteur sensible

**447.** Au Brésil le juge semble indiquer qu'une opération doit être autorisée par des raisons économiques distinctes que celles que font le CADE d'interdire ou de restreindre une opération. Cela peut se présenter dès lors qu'on peut envisager un marché dans lequel l'autorité de régulation ait autorisé une opération.

**448.** On a un exemple qui n'est pas de contrôle des concentrations, mais qui est

---

<sup>276</sup> Pratiques recommandées par L'ICN en matière d'analyse des opérations de concentrations (révisées en 2017). Disponible à l'url : [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).

<sup>277</sup> C. TASSINARI, *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

pertinent pour le débat de protection d'un secteur sensible, et peut être reproduit dans une affaire similaire. Dans le jugement d'une affaire concernant un cas d'abus de position dominante, l'affaire Tecon, le STJ a décidé que le juge est compétent pour examiner des affaires pour la protection de la concurrence, indépendamment d'une décision préalable (et on peut même ajouter - favorable) du CADE ; ou même d'une autre autorité administrative. Dans l'espèce, les juges analysaient les gains d'efficacité et l'impact concurrentiel d'une taxe sur le secteur des ports, en disant que les usagers ainsi que l'activité étaient en danger. À la fin des débats, un juge a indiqué « qu'(...) il est légitime l'intervention consciente du juge dans les secteurs régulés sous la base des règles de concurrence »<sup>278</sup>. Cela voulait dire qu'il pouvait appliquer directement des règles du droit de la concurrence, mais aussi d'y déroger lorsqu'il voulait protéger le marché.

**449.** La même idée a pu être observée dans l'affaire BCN Bradesco<sup>279</sup>, dans laquelle le juge du STJ a indiqué que l'analyse sur les concentrations doit observer « la *praxie* du marché ». Il a également déclaré que le CADE n'a aucune responsabilité de mener la politique économique du secteur, qui est rattachée au Président de la République. En ce sens, la prévalence des décisions du CADE n'est pas raisonnable. Il serait même téméraire que la décision du CADE puisse être mise en place contrairement à une manifestation rattachée à la politique économique du gouvernement.

**450.** En Europe, la possibilité de protection de la concurrence et en même temps de d'autres valeurs (secteurs) a été observée au moment de la crise de 2008, justement vis-à-vis du marché financier. L'affaire BNP Paribas/Fortis de 2008<sup>280</sup> annonce la préoccupation de rapidité et de protection des intérêts des consommateurs. La Commissaire Neelie Kroes a fait à ce propos la déclaration suivante : « Cette décision est un exemple parfait de la capacité de la Commission à concilier une réponse rapide à la crise du crédit avec la nécessité de veiller à ce que le droit de la concurrence joue pleinement son rôle dans la défense des intérêts légitimes du consommateur ».

---

<sup>278</sup> STJ, 20 mai 2011, Tecon Rio Grande SA., Affaire n. 1181643/RS.

<sup>279</sup> STJ, 10 juin 2011, Banco de Crédito Nacional S/A e outro, Affaire n. 1.094.218/DF.

<sup>280</sup> COMP, 3 dec 2008, BNP Paribas/Fortis, M.5384.

**451.** Il faut dire que les motifs d'intérêt général peuvent être observés par des raisons politiques même en France, selon l'article L 430-7-1 du Code de Commerce. Mais on n'a pas observé dans le droit de l'Union que ce genre de valeur ait été adopté par le juge lui-même.

**452.** Au Brésil, même si le CADE observe les indications de l'ICN et ne motive ses décisions qu'avec des arguments concurrentiels, on s'aperçoit que le juge admet faire prévaloir une politique sectorielle au détriment d'une décision du CADE. Le juge fait ainsi l'analyse d'un bilan social des opérations.

## B) La garantie de l'emploi

**453.** La garantie universelle à l'emploi atteint l'objectif de dignité, d'utilité à la société. Dans la mesure où on a au Brésil une branche spéciale à la justice pour traiter des droits des travailleurs, et que les conditions sociales au pays sont de grande inégalité, le juge prend position en faveur des travailleurs y compris dans les opérations de concentration. Ce genre de décision contrarie les manuels de droit de la concurrence, aussi bien que les orientations de l'ICN. De plus, son efficacité est redoutable.

**454.** Les affaires brésiliennes concernant les opérations Nestlé, Gol et Citrosuco, déjà indiquées ci-dessus, démontrent la place primordiale prise par le juge dans le contrôle des affaires concurrentielles. Le juge admet remplir une fonction de caractère social.

**455.** Dans l'affaire Nestlé, le juge a affirmé que la décision du CADE qui déterminait la vente des actifs pour l'autorisation de l'opération violait le principe constitutionnel du plein emploi<sup>281</sup>. Selon le juge, le modèle de vente proposée par le CADE pouvait engendrer

---

<sup>281</sup> La garantie réelle d'exercer son droit au travail.

plusieurs suppressions de postes de travail. Le juge a admis la nécessité d'allocation des emplois dans les entreprises dans une décision en contrôle de concentration.

**456.** Dans l'affaire Citrosuco et Citrovita, les Procureurs du Travail s'inquiétaient de la décision du CADE qui génèrait, selon eux, « des licenciements en masse de travailleurs »<sup>282</sup>. Dans le cadre de l'opération GOL et WEBJET, le Ministère Public du Travail a été contraire à des licenciements interdits<sup>283</sup>.

**457.** Le mode de saisine du juge lui fait assumer une double casquette (contrôleur de l'acte administratif et juge social des relations de travail). Cela deviendrait une action originale dans le système de contrôle de concentrations.

**458.** En France et dans le droit de l'Union, on n'admet pas une décision avec une telle intervention du juge. Quand on parle des aspects sociaux, cela est toujours attaché aux aspects économiques et sociaux d'une opération. Le bilan est pris en compte au moment de compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération projetée. Cela a été affirmé par le Conseil d'Etat il y a très longtemps dans l'affaire Pernod Ricard.<sup>284</sup>

---

<sup>282</sup>Justice du Travail de la 15<sup>ème</sup> Région, 11 mai 2013, Ministère Public du Travail/CADE, Affaire n. 0011506-28.2013.5.15.0081.

<sup>283</sup>Selon le Procureur-Général, les licenciements n'étaient pas prévus dans l'accord de fusion des entreprises. M. Camargo affirme que le MPT étudie une intervention conjointement avec d'autres secteurs du Ministère Public pour questionner le CADE. Disponible à l'URL: [www.uol.com.br/noticias/redação/2012/12/07](http://www.uol.com.br/noticias/redação/2012/12/07) (accédé en mai 2012).

<sup>284</sup>CE, 9 avril 1999, Pernod Ricard, affaire 201853

## CONCLUSION DU TITRE I DE LA SECONDE PARTIE

Le contrôle juridictionnel *minimum*, dans lequel le juge examine uniquement l'exactitude matérielle des faits, est en disparition. Aujourd'hui, le juge réalise un contrôle *maximum*, ce qui est reflété par des recours juridictionnels concernant la légalité et l'appréciation au fond.

Au Brésil, le contrôle de la légalité est le plus légitime pour le juge généraliste sans une formation profonde en droit de la concurrence. Dans ce contrôle, les discussions concernent notamment la compétence du CADE. En général, il n'y a pas eu de discussions là-dessus, mais on s'est posé la question dans les marchés financiers et dans le commerce extérieur.

Sous le régime de la loi de 1994, on a vu des discussions sur le périmètre géographique du chiffre d'affaires pour déclencher l'obligation de notification au Brésil. La loi de 2011 a fait avancer le système, car elle a défini au moins le chiffre d'affaires *de minimis*.

En ce qui concerne l'appréciation au fond, on observe une participation plus active du juge au Brésil dans l'analyse concurrentielle du contrôle de concentration, ce qui se passe aussi dans le droit de l'Union. Le juge brésilien, même sans indiquer le parcours, tient compte de la définition du marché pertinent et de la puissance économique résultant de l'opération.

Toutefois, étant donné qu'au Brésil le juge est libre de choisir les raisons de sa décision, il est attaché aux méthodes et modèles qu'il trouve les plus cohérents. De plus, souvent le juge brésilien profite d'une affaire concurrentielle pour soutenir d'autres intérêts, comme l'exception de l'entreprise défaillante et les principes du droit du travail. Ainsi, l'activisme du juge peut affaiblir les standards de l'analyse concurrentielle, ce qui fait augmenter l'insécurité juridique.

## **TITRE II- LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS SANCTIONNANT LES INFRACTIONS PROCÉDURALES**

**459.** Au Brésil les recours formés contre les décisions de sanctions sont plus nombreux que les recours formés contre les décisions finales, qui examinent au fond une décision en contrôle de concentrations.

**460.** Pour l'examen de l'opération la loi prévoit, durant la procédure d'instruction, des obligations pour les entreprises notifiantes et les tiers. Le cas échéant, elle est applicable à l'imputation de la responsabilité.

**461.** L'exercice effectif des sanctions peut être contrôlé par le juge, étant donné que l'examen concernant cet exercice peut reposer sur des éléments que, tant l'autorité que les parties, peuvent apporter la preuve, et que les décisions sont rendues selon les exigences qui découlaient du seul examen abstrait d'une opération.

En contrôle de concentration, on a pu observer des aspects concernant l'obligation d'information sur l'opération (Chapitre I), puis l'obligation de suspension de l'opération (Chapitre II).

## CHAPITRE I– L’OBLIGATION D’INFORMATION

**462.** En matière de contrôle des concentrations, la loi et les règlements d’application prévoient l’obligation d’informer l’opération dès lors qu’on a un document juridique ferme. Selon le règlement d’application n° 2 du CADE, l’absence d’information et la présentation d’informations fausses ou trompeuses tout au long de la procédure seront sanctionnées, en observant la gravité et la condition économique de l’infacteur.

Compte tenu de ces obligations et principales sanctions dans le système brésilien durant l’examen d’une opération, il faut vérifier la sanction d’une notification tardive (§ 1<sup>ER</sup>) et la sanction d’informations erronées (§ 2<sup>ÈME</sup>). On observera que le juge au Brésil est encore réticent sur certains de ces concepts.

### § 1<sup>ER</sup> – LA SANCTION D’UNE NOTIFICATION TARDIVE

**463.** Le débat sur ce qui doit être notifié à l’autorité de concurrence et le moment où l’on doit le faire a été l’objet de plusieurs recours juridictionnels au Brésil sous l’empire de la loi de 1994. Une partie de ces recours correspond à la méconnaissance des exigences de notification, surtout aux premiers moments de la mise en place de la nouvelle législation ; et d’autres affaires correspondent au concept des opérations qui entraînent la notification.

La sanction de notification tardive est considérée comme une infraction formelle en contrôle de concentrations. Toutefois, au Brésil, dans les recours juridictionnels formés, la notification tardive a été l’objet de considérations différentes par le juge, car il exige un impact négatif pour valider la sanction prononcée par le CADE (A), en exigeant aussi des critères objectifs pour la majoration de la sanction (B).

A) L'exigence d'un impact négatif dans le marché

**464.** La procédure de contrôle *a posteriori* des opérations durait environ 2 ans jusqu'à la décision finale du CADE. La suspension de l'examen de l'opération pour obtenir des informations était la raison d'une telle durée. Tout cela, bien évidemment, dans les opérations déjà réalisées. En considérant que la notion de concentration était large, en obligeant la notification de plusieurs concentrations sans impact concurrentiel, la plus grande majorité des affaires restaient autorisées, même en ce qui concerne les opérations présentées tardivement.

**465.** En ce sens, la mise en place du contrôle juridictionnel des infractions précise que, en règle, la décision du CADE, bien qu'il n'y ait pas de problème concurrentiel, n'empêche pas de sanctionner le retard pour la notification.

**466.** Étant donné que le système de contrôle de concentrations ne se faisait pas ressentir sur toutes les entreprises, et qu'on avait plusieurs sanctions de notifications tardives, ce contexte a « exigé » du juge une intensification du contrôle de proportionnalité, en l'étendant à des hypothèses qui n'étaient ou ne faisaient pas l'objet d'une balance administrative. En bref, vu que que l'opération était déjà en cours et qu'elle n'a jamais porté atteinte au droit de la concurrence, les juges étaient plus sensibles aux arguments de « nécessité » d'une sanction. Les finalités de dissuader, prévenir et punir étaient regardées d'une façon différente.

**467.** Dans l'affaire Sara Lee Cafés do Brasil Ltda. de 2002 on était devant une opération d'acquisition d'une entreprise concurrente du marché de café, dont le résultat représentait moins de 20% d'augmentation de participation de l'acquéreuse dans le marché. L'opération a été autorisée sans réserve par le CADE car elle n'entraînait aucun effet important sur la concurrence. Mais le CADE à tout de même appliqué à l'entreprise une amende pour notification tardive.

**468.** L'entreprise a formé un recours contre cette sanction pour excès de pouvoir en

faisant valoir que le CADE ne pouvait pas appliquer cette amende dès lors que l'opération ne causait aucun impact sur le marché. Le CADE devait observer les aspects généraux de l'opération et pas seulement le retard de notification de manière isolée. Les juges de 1<sup>ER</sup> degré et du TRF 1, après un appel du CADE, ont été d'accord avec l'entreprise Sara Lee Cafés do Brasil et ont annulé l'amende. Les juges ont justifié leur décision en reprenant l'argumentaire de la société et en indiquant qu'effectivement aucun obstacle à la concurrence n'avait pu être identifié par le CADE et que par conséquent la sanction ne pouvait pas être appliquée. Vu que l'opération est le principal, et n'apporte pas de problème pour le marché, le CADE ne doit pas poser une exigence accessoire pour les entreprises.

**469.** On peut observer que le juge exerce une intensification du contrôle de proportionnalité sans un lien direct avec la loi au nom d'adapter les inconvénients d'un contrôle *a posteriori*. Même si la loi ne laissait aucune marge d'appréciation au CADE, le juge emprunte une approche libérale en matière de protection des libertés économiques et, en particulier, de sanctionner la méconnaissance des règles formelles prévues par la loi.

#### B) Les critères de majoration de la sanction

**470.** Pour appliquer l'amende découlant d'une notification tardive d'une opération soumise au contrôle de concentration, le CADE prenait en considération les critères de majoration et de diminution prévus dans l'article 27 de la loi n° 8.884/94. Ces critères ont été reproduits actuellement dans l'article 46 de la loi n° 12.529/11. Il s'agit de la bonne foi de l'auteur de l'infraction, de l'avantage obtenu ou prétendu, du danger potentiel à la libre concurrence, à l'économie nationale, aux consommateurs ou aux tiers, ainsi que du rapport existant entre les effets économiques négatifs produits sur le marché et la situation économique de l'infracteur. Pour fixer le montant d'une amende, le CADE tient compte de la nature, de la gravité et de la durée de l'infraction, ainsi que des circonstances atténuantes et aggravantes.

**471.** Selon M. Fonseca, « dans ces critères il y a des éléments objectifs, comme la gravité de l'infraction, l'avantage obtenu ou présumé par l'infracteur, la réalisation de l'infraction, les effets négatifs par le marché ». Il y a aussi, d'un autre côté, des éléments subjectifs, qui prennent en compte la situation de l'entreprise ou la situation personnelle de l'administrateur, c'est-à-dire, la bonne foi, la situation économique, et la récidive.

**472.** Le Règlement d'application n° 36/04 du CADE a ajouté quelques critères pour tenir compte des aspects prévus dans l'article 27 de la loi de 1994. Par exemple, le règlement prévoyait que le CADE devrait considérer les jours de retard au moment de la fixation d'une amende.<sup>285</sup> La logique derrière ces règles est que plus il y aurait de retard dans la notification de l'opération, plus il serait difficile de récupérer les effets d'une opération sur le marché.

**473.** Dans l'affaire Itapisserra Mineração SA de 2006, l'entreprise a formé un recours en soutenant que les critères prévus dans le Règlement du CADE n° 36 étaient illégaux. Le juge fédéral de 1<sup>ER</sup> degré n'a pas accordé un référé suspension de la décision du CADE. L'entreprise a interjeté un appel et le TRF de la 1<sup>ÈRE</sup> Région a indiqué que les critères utilisés pour calculer les amendes ne prenaient pas en compte les éléments d'atténuation prévus par l'article 27 de la loi n° 8.884/94. En ce sens, la loi n'ouvrirait pas à l'Administration Publique la possibilité de choisir les circonstances qui devraient être observées dans le calcul de la sanction. Au contraire, la loi déterminait de façon expresse, par le biais des huit incises de l'article 27, les éléments de majoration et d'atténuation qui devraient être toujours pris en compte dans la motivation de l'application des amendes<sup>286</sup>. Après cette décision et d'autres allant dans le même sens, le CADE a modifié le Règlement n° 36, en introduisant le Règlement CADE n° 44, qui a adapté les exigences.

**474.** On voit que le débat sur la notification tardive a observé les critères employés par le CADE au moment du jugement. À ce stade du contrôle, le juge se tourne vers la garantie que tous les aspects positifs et négatifs d'une notification soient mis en scène.

---

<sup>285</sup> J. B. L. FONSECA, *Lei de proteção da concorrência - comentários à legislação antitruste*, Rio de Janeiro, Forense, 3<sup>e</sup> ed., 2007, p. 216.

<sup>286</sup>TRF 1, 2 juin 2006, Itapisserra Mineração SA, Affaire n. 2006.01.00.002124-30.

§ 2<sup>ÈME</sup> –LA SANCTION D’INFORMATIONS ERRONÉES

**475.** La loi n° 12.529/11, aussi bien que l’ancienne loi de 1994, indique que l’autorité pourra sanctionner ceux qui présentent des informations fausses ou trompeuses au cours de la procédure de notification d’une opération de concentration. En droit de l’Union, on dit qu’il est interdit de présenter des renseignements inexacts dans le cadre de la procédure d’examen de propos délibérés, ou au moins par négligence.

**476.** On constate un accroissement du nombre d’affaires versant sur les informations erronées et sur le montant des amendes prononcées aussi bien au Brésil qu’en Europe. Soit les autorités sont devenues plus vigilantes, soit les parties ont changé le rapport de confiance existant jusqu’alors.

En prenant en compte les définitions de la loi brésilienne, on peut observer les recours formés où on a discuté la fausseté des informations (A), et où on a constaté des affaires avec des informations inexacts (B).

A) Les fausses informations

**477.** Dans l’arrêt Gomel de 14 avril 1914, le Conseil d’État a admis contrôler non seulement l’exactitude du raisonnement juridique suivi par l’administration, mais aussi la validité de la qualification juridique des faits. Il ne se limite pas à une simple vérification de la rectitude juridique du raisonnement, il vérifie aussi si l’administration a correctement raisonné au regard des faits en cause, si ces faits étaient « de nature à » justifier la décision prise.

**478.** Ainsi, on observe qu’en vérifiant la rectitude juridique du raisonnement en contrôle de concentrations, le juge peut analyser la proportion entre les faits et la décision rendue, ce qui augmente considérablement son pouvoir et sa responsabilité.

**479.** La jurisprudence en matière de contrôle des concentrations au Brésil identifie certaines situations dans lesquelles l’Autorité de concurrence a été accusée de faire des erreurs de fait par rapport à la proportionnalité entre l’objet et les motifs.

**480.** La loi brésilienne parle des sanctions appliquées à des entreprises qui présentent des informations fausses. Cela correspond à l’aspect matériel de l’information, parce que l’espace d’interprétation sur les faits devient restreint. Il ne sera pas difficile de retrouver la fierté d’une telle information. Le rouge n’est pas vert.

**481.** Dans l’affaire Anhanguera, au Brésil, on discutait de la participation d’une personne physique en tant que titulaire des droits d’action d’une société. Au moment de la notification de l’opération, elle a indiqué que sa participation dans une des sociétés examinées était de 7,5%, et qu’il n’y avait aucun problème concurrentiel. Toutefois, au cours de l’instruction, on a découvert que sa participation était de 75%, ce qui pouvait certainement impacter une analyse concurrentielle. Le CADE a retenu que l’infraction des informations fausses est une infraction objective, qui n’exige pas l’identification de l’intention de la personne de tromper l’Autorité. Et il a ensuite sanctionné M. Gabriel, personne physique.

**482.** M. Gabriel a formé un recours contre cette décision, en indiquant qu’il s’agissait d’une simple erreur matérielle, et qu’il ne voulait pas tromper le CADE. Le juge a retenu l’idée que l’article 43 de la loi n° 12.529/11 exigeait la présence de l’élément subjectif, c’est-à-dire la volonté délibérée de présenter un document faux ou des informations fausses.

**483.** Ainsi, le juge au Brésil exige des critères plus durs pour que le CADE puisse sanctionner une information fausse. Force est de constater que l’intention de la personne sera toujours difficile à prouver, surtout si on est devant une affirmation qui ne correspond pas à la réalité. Il semble que pour des informations objectives on doit avoir une infraction instantanée, qui s’applique indépendamment du fait que les informations aient une incidence sur le résultat final de l’évaluation de l’opération de concentration, ou même qu’on ait voulu tromper l’Autorité.

B) Les informations inexactes

**484.** Les informations inexactes sont un problème qui existe depuis la loi de 1994, mais sous la nouvelle loi brésilienne de 2011 on a vu grandir les sanctions prononcées par le CADE contre les entreprises en raison d'omission d'informations. Les affaires Azul S.A.<sup>287</sup> et Marco Polo SA<sup>288</sup> en sont des exemples. Dans ces affaires, les informations présentées dans le formulaire de notification ou pendant l'instruction de la procédure ont été considérées comme inexactes, et dès lors, le CADE a appliqué des amendes aux entreprises concernées.

**485.** Dans l'affaire de l'acquisition de l'entreprise Trip SA par Azul SA, opération qui a eu lieu dans le marché de l'aviation civile, le CADE a constaté l'omission de l'indication d'une entreprise de tourisme dans le groupe économique d'Azul. Cela a été la cause d'une sanction de 1,4 million de réais.

**486.** Dans cette affaire, Azul a formé un recours et le juge a accordé un référé suspension de l'exigence de l'amende moyennant la garantie d'un paiement futur. Et depuis 2014, on n'a pas eu une décision finale sur cette affaire, qui demeure encore au 1<sup>ER</sup> degré de juridiction.

**487.** Dans l'affaire Marco Polo et San Marino Ônibus e Empreendimentos Ltda, opération d'acquisition dans le marché de l'autobus, les entreprises ont notifié l'opération et ont indiqué dans le formulaire que l'opération représentait une concentration d'environ 20% du marché. Ils ont omis d'indiquer qu'une des entreprises « concurrentes » du secteur, la Ciferal, faisait partie du groupe de Marco Polo depuis les années 2000. Les entreprises ont corrigé l'information, mais le CADE a indiqué que l'infraction était déjà commise, et elles ont été sanctionnées pour un montant total de 250 000 réais. Sur cette affaire, on n'a pas eu de recours formé.

**488.** La question des amendes contre les informations inexactes et trompeuses semble

---

<sup>287</sup>JFDF, pas de décision, Azul S.A./CADE, Affaire n. 72286-39.2013.4.01.3400.

<sup>288</sup> Affaire 08700.002084/2016-14. 14 juin 2016, Marcopolo S.A e San Marino Ônibus e Implementos.

devenir un point important aussi en Europe. Dans la décision du 18 mai 2017, la Commission a infligé une amende de 110 millions d'euros à Facebook, car la société a fourni des renseignements inexacts ou dénaturés au cours de l'enquête que la Commission a effectuée en 2014 au titre du règlement de l'UE sur les concentrations, concernant l'acquisition de WhatsApp par Facebook. Selon la Commission, les entreprises ont commis deux infractions distinctes, en fournissant un renseignement inexact et dénaturé d'une part, dans le formulaire de notification de la concentration, et d'autre part, dans la réponse à une demande de renseignements de la Commission. La Commission considère que ces infractions sont graves, puisqu'elles l'ont empêchée de disposer de toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa tâche liée à l'appréciation de l'opération. En outre, la Commission considère que les employés de Facebook étaient informés de la possibilité de mise en correspondance des utilisateurs, et que Facebook avait conscience de l'importance de cet aspect pour l'évaluation effectuée par la Commission, ainsi que des obligations lui incombant en vertu du règlement sur les concentrations. Par conséquent, Facebook a fait preuve tout au moins de négligence dans la violation de ses obligations procédurales.

**489.** De plus, la Commission a adressé en juillet 2017, à Merck et Sigma-Aldrich, à General Electric (« GE ») et à Canon trois communications des griefs distincts afin de les informer qu'elles avaient violé les règles de procédure de l'UE en matière de concentrations. La Commission a informé l'entreprise allemande Merck KGaA/Sigma-Aldrich que les renseignements qui lui avaient été fournis étaient inexacts ou dénaturés. Merck et Sigma-Aldrich ne lui avaient pas fourni des informations importantes sur un projet d'innovation présentant de l'intérêt pour certains produits chimiques de laboratoire au centre de son analyse.

**490.** On observe que les amendes et leurs montants sont à l'ordre du jour et pourront devenir un sujet de plusieurs recours de contrôle de légalité.

## CHAPITRE II- L'OBLIGATION DE SUSPENSION DE L'OPÉRATION

**491.** La loi de 2011 exige que les entreprises ne réalisent pas l'opération avant la décision du CADE. La sanction a lieu quand les entreprises font la réalisation anticipée.

**492.** Cela correspond surtout à ce que les entreprises peuvent faire avant l'autorisation, dans le cadre d'une *due diligence*, pour permettre la connaissance des entreprises achetées ou de celles dont elles souhaitent acquérir le contrôle. Le contrôle implique de considérer plusieurs éléments, favorables et antagoniques. Ce mécanisme de pondération s'affirme comme un rapport d'adéquation entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise, selon la définition française classique <sup>289</sup>.

Les exemples brésiliens de contrôle sur les sanctions en raison d'une réalisation anticipée expriment la reconnaissance de l'infraction au sein de l'actuel régime (§ 1<sup>ER</sup>) et des effets d'une telle infraction discutés par la suite (§ 2<sup>ÈME</sup>).

### §1<sup>ER</sup> – LA RECONNAISSANCE DE L'INFRACTION

**493.** Le système de contrôle des concentrations du Brésil a observé deux moments en ce qui concerne l'obligation de notification. Dans le premier, sous le régime de la loi de 1994, on prévoyait la notification de l'opération jusqu'à 15 jours ouvrables après la réalisation de l'opération. Ainsi, la discussion sur l'infraction de violation de l'obligation de notification et la possibilité de réalisation de l'opération marchaient ensemble. Dans le deuxième moment, sous le régime de la loi de 2011, la notification doit être préalable à la réalisation. La division entre l'obligation de notification et celle de non réalisation est propre au régime de 2011.

---

<sup>289</sup> G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le Juge et le droit public, Mélanges offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, T.2, p. 298.

Au Brésil, en raison des caractéristiques des lois de 1994 et 2011, l'examen du contrôle juridictionnel de l'obligation de suspension de l'opération doit être étudié en parallèle avec l'évolution de l'obligation de notification, suivi de l'obligation de suspension. La jurisprudence indique que ce genre d'obligation est traité comme une obligation autonome, formelle, en déterminant des amendes même pour les opérations autorisées sans aucune réserve (A). De plus, il est possible d'observer que le juge la considère comme une infraction grave (B).

#### A) Une infraction autonome

**494.** Il semble qu'actuellement la position prévalente au Brésil indique que les aspects formels qui touchent la notification doivent être respectés, indépendamment de la décision de fond de l'opération. Cela vient d'une évolution durant le régime de la loi de 1994, ce qui permet d'être à jour avec ce qui se passe dans le contrôle préalable actuel qui découle des décisions issues de l'Europe.

**495.** Les restrictions accessoires sont importantes au nom de renforcer l'idée que pour prendre des décisions correctes dans des délais serrés, les entreprises doivent respecter les règles et les procédures. Pour éviter les conséquences négatives potentielles, les infractions formelles sont considérées comme graves, surtout parce qu'elles portent préjudice au bon fonctionnement du système.

**496.** Si dans les premiers recours qui traitaient de notification tardive il y avait un examen de proportionnalité, après l'affaire Líder Taxi Aéreo de 2012<sup>290</sup>, encore sous le régime de 1994, on se dirige vers l'idée de l'obligation de suspension de l'opération avant la décision du CADE.

**497.** L'entreprise s'est insurgée contre l'amende qui avait été prononcée par le CADE.

---

<sup>290</sup> JFDF, 17 septembre 2012, Líder Taxi Aéreo S/A, Affaire n. 2007.34.00.006541-2/DF.

L'opération traitait d'un contrat de représentation d'un agent avec exclusivité, considérée par le CADE comme notification obligatoire. L'opération a été autorisée, mais le CADE a sanctionné l'entreprise en indiquant que la notification était tardive. Le juge a souligné qu'il s'agissait d'une concentration et que le propos délibéré ou la négligence de l'obligation de notification sont des raisons pour lesquelles le CADE peut et doit infliger des amendes. Il doit observer les aspects de gravité et de durée de l'infraction, qui n'ont pas d'incidence sur la décision d'autorisation de l'opération.

**498.** Le juge, en ce qui concerne l'affaire Lider, dit que l'objectif légitime de sanctionner les fautes formelles ne doit pas être écarté au nom d'une adaptation du système d'analyse. Cela est encore plus grave quand les entreprises ne respectent pas l'obligation de notification. On n'a pas une décision juridictionnelle sur l'obligation de suspension, mais le raisonnement du juge dans l'affaire reflète l'approche française sur le sujet. Selon Mme Isabelle da Silva, « ce système a pour but de garantir, de façon générale, l'existence d'un marché concurrentiel efficace dont le fonctionnement n'est pas altéré par la création ou le renforcement d'une position dominante ou d'une puissance d'achat susceptible d'aboutir à des atteintes de concurrence. Le respect de ces obligations est donc fondamental pour que les autorités de concurrence puissent analyser l'incidence des opérations de concentration sur le marché, déceler et, le cas échéant, prévenir les éventuels effets négatifs pour l'équilibre concurrentiel que certaines opérations sont susceptibles d'engendrer ou y remédier ». <sup>291</sup> En France, dans l'affaire Etablissements Fr. Colruyt du Conseil d'État du 24 juin 2013, l'entreprise a formé un recours contre l'amende de 392.000 euros appliquée en raison de la méconnaissance de l'obligation de notification préalable. Le Conseil d'État a rappelé, dans cette affaire, que le manquement à l'obligation de notifier constitue *per se* un manquement grave. <sup>292</sup> Enfin, dans une affaire récente de 2016, Copagef, la société a formé un recours devant le Conseil d'Etat pour contester l'amende imposée pour absence de notification. <sup>293</sup>

**499.** Le raisonnement du juge brésilien dans l'affaire Líder est aussi celui observé

---

<sup>291</sup> I. de SILVA « Gun Jumping : Quelles sont les pratiques à éviter? », Revue Concurrences, n° 3, 2018, p. 55-66.

<sup>292</sup> CE, 24 juin 2013, Colruyt France et Établissements FR Colruyt, 360949.

<sup>293</sup> CE, 15 avril 2016, Copagef, 375658.

dans le droit de l'Union européenne. Dans l'affaire *Electrabel SA* de la CJUE, du 3 juillet 2014, un recours juridictionnel a été formé devant la Cour de Justice et le requérant a affirmé que la Commission avait procédé à une application erronée de la définition concernant la notion de concentration. La requérante a ensuite contesté le principe même de l'amende et son montant, mais ces arguments ont été reprochés par le juge européen.<sup>294</sup>

**500.** À ce titre, cette infraction ne peut être excusée, même lorsque l'opération est autorisée sans réserve. Il est pertinent de prendre en compte le but de l'infraction qu'on vise à réprimer lors de l'application d'une amende, de sorte que le fait de l'opération soit dépourvu d'impact concurrentiel n'empêche pas l'application d'amende pour retard de notification.

## B) Une infraction grave

**501.** Les premières décisions qui ont identifié le *gun jumping* dans les opérations de concentration au Brésil ont été l'objet d'accords pour le paiement des amendes entre les entreprises et le CADE. On a pu observer des affaires dont les entreprises elles-mêmes se sont présentées pour informer le CADE de la réalisation anticipée<sup>295</sup>, et des opérations dont le CADE a découvert la réalisation anticipée<sup>296</sup>. Même l'amende la plus lourde appliquée par le CADE, dans l'affaire *Cysco&Technicolor*, de 30 millions de réais, a été l'objet d'un accord<sup>297</sup>.

**502.** Cela indique que, malgré le fait que le débat de proportionnalité devant le juge puisse être plutôt favorable aux entreprises au détriment de l'autorité, les entreprises n'ont pas osé chercher le raisonnement juridictionnel du juge qui puisse porter atteinte à

---

<sup>294</sup> CJUE, 3 juillet 2014, *Electrabel / Commission*, C-84/13 P.

<sup>295</sup> Affaire 08700.002285/2014-41, *FIAT SPA et Chrysler Group LLC*, 14.05.2014; Affaire 08700.008292/2013-76, *Potiólio SA*, 08.04.2014

<sup>296</sup> Affaire n. 08700.010394/2014-32, *Goiás Verde Ltda. e Brasfrigo SA*, 22.04.2015. Affaire 08700.002655/2016-11, *Blue Cycle Distribuidora S.A., RR Participações Ltda., Douek Participações Ltda. e Shimano Inc.* 17.08.2016

<sup>297</sup> Affaire n. 08700.011836/2015-49, *Cisco Systems Inc, e Technicolor S/A*, 20.01.2016.

l'autorisation d'une opération. Cela peut avoir lieu parce que la loi au Brésil indique, dans l'article 88, 3, que dans le même temps de la constatation du *gun jumping*, on peut déterminer la nullité de l'opération et l'ouverture d'une affaire d'infraction concurrentielle. Cela étant, dans la mesure où les affaires jusqu'alors présentées concernaient des opérations autorisées, les entreprises n'ont pas voulu risquer l'autorisation par un débat latéral sur les amendes. Mais on croit que la situation changera, surtout si on est devant une opération passible d'interdiction.

**503.** À propos de l'importance d'identifier et de sanctionner le *gun jumping* pour la mise en place du contrôle administratif, en France, en 2016, Altice Luxembourg et SFR Group ont été solidairement condamnés à une amende de 80 millions d'euros parce que l'Autorité de la Concurrence (AdIC) a considéré qu'Altice avait réalisé de manière anticipée deux opérations de concentration notifiées en 2014 : la prise de contrôle du groupe SFR et la prise de contrôle du groupe OTL<sup>298</sup>. De plus, un autre arrêt du Tribunal du 26 octobre a confirmé l'amende de vingt millions d'euros exigée après l'acquisition précipitée de Morpol par Marine Harvest en 2012<sup>299</sup>.

**504.** Au niveau de l'Union, la Commission européenne a infligé à Altice une amende de 124,5 millions d'euros dans l'opération d'acquisition de PT Portugal. Selon la Commission, Altice avait acquis une influence déterminante sur PT Portugal, notamment par des droits de veto sur les décisions concernant la gestion courante des affaires de PT Portugal ; et Altice aurait exercé cette influence déterminante via des instructions données à PT Portugal sur une campagne promotionnelle et en demandant à recevoir des informations commerciales sensibles concernant PT Portugal en dehors du tout accord de confidentialité<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> J.-M. COT, « Gun Jumping : L'Autorité de la concurrence condamne une entreprise pour réalisation anticipée d'une concentration à une sanction de 80 millions d'euros (Altice) », *Revue Concurrences*, n° 2, 2017, p. 132-134.

<sup>299</sup> Trib. UE, 26 oct 2017, Marine / Commission, T-704/14.

<sup>300</sup> Commission européenne décision M.7993 du 24 avril 2018 – Altice

**505.** Plus récemment, dans un arrêt du 31 mai 2018, la CJUE a considéré que la rupture du contrat d'affiliation au réseau KPMG ne pouvait pas caractériser une mise en œuvre anticipée condamnable, faute notamment de constituer une mesure qui ne soit pas inextricablement liée au changement d'affiliation quand bien même elle en serait la condition préalable.<sup>301</sup>

**506.** On peut observer que les affaires concernant le *gun jumping* admettent des sanctions lourdes pour les entreprises, et cela commence à être observé en Europe. Au Brésil, on croit que l'aspect qui sera le plus discuté sera l'amende en raison de la constatation du *gun jumping*. Toutefois, les entreprises ont encore peur de ce qui pourra être une décision juridictionnelle de toutes ces conséquences, et ont préféré jusqu'à présent des accords à l'amicable.

## §2<sup>ÈME</sup> – LES EFFETS DE L'INFRACTION

**507.** Si l'obligation de suspension est violée, on peut avoir des conséquences pour les entreprises. Jusqu'à présent on n'a pas eu d'affaires juridictionnelles, mais les entreprises et le CADE ont déjà présenté des solutions qui ont été discutées dans les recours juridictionnels en Europe.

Chez les requérants, on parle de l'argument de « détournage » dans l'opération réalisée, pour indiquer qu'il n'y avait pas de problèmes concurrentiels dans la violation de l'obligation de suspension. (A) Puis, pour corriger la violation de suspension, le CADE applique l'obligation de rétablissement de la situation antérieure (B).

---

<sup>301</sup> CJUE, 31 mai 2018, Ernst & Young, C-633/16.

A) L'argument de « détournement »

**508.** Selon Mme Margrethe Vestager, de la Commission européenne, l'efficacité du système de contrôle des concentrations doit sanctionner les entreprises fautives et dissuader les autres entreprises d'enfreindre les règles pour obtenir l'autorisation de procéder à la concentration.

**509.** Le CADE considère l'opération réalisée, en violation de l'obligation de non-réalisation avant son autorisation, même si les parties d'une opération prévoient dans le contrat la réalisation retardée d'une partie de l'opération (*carve out agreements*). Écarter dans le document (contrat) les effets sur le territoire brésilien d'une opération n'empêche pas qu'on considère l'opération réalisée.

**510.** Dans l'affaire Technicolor Cisco Connected Devices, du 20 janvier 2016, le CADE a sanctionné les entreprises pour un montant total de R\$30.000.000,00 (environ 7.000.000,00 d'euros). L'autorité a indiqué qu'il s'agissait d'une violation du devoir de non-réalisation anticipée d'une opération. En l'espèce, le contrat disait que l'opération ne serait considérée complète qu'après l'autorisation des autorités de concurrence, notamment celle du Brésil. On indiquait l'existence d'un *carve out agreement*. Les entreprises avaient déjà annoncé sur le site internet que l'opération avait été conclue avec succès, mais que malgré cela, ne s'appliquait pas au Brésil, selon le contrat signé. Le CADE, comme la plus grande majorité des autorités de concurrence du monde, y compris l'Union européenne, indique que ce genre de clause n'exclut pas la sanction, surtout parce qu'on ne peut pas assurer l'effectivité de cette réalisation partielle en ce qui concerne l'atteinte à la concurrence du Brésil. D'autant plus que la fiscalisation devient un problème supplémentaire pour l'autorité. Le CADE a souligné que l'un des principaux problèmes est de contrôler les échanges d'informations sensibles.

**511.** L'intérêt collectif du contrôle des concentrations n'autorise pas que les parties d'une opération puissent faire prévaloir les clauses contractuelles au détriment des règles du

droit de la concurrence. La priorité accordée à exiger de forme intégrale d'une des entreprises notifiant la sanction prononcée aboutit à écarter la convention privée qui puisse prévoir différemment.

**512.** La responsabilité contractuelle est un domaine particulier car elle est liée au non-respect du contrat par une des parties. Il s'agit d'une règle de droit commun, résultat de négociations des parties, mais qui n'est pas opposable au CADE.

**513.** Le juge d'une forme indirecte a déjà observé cet aspect dans le régime de 1994, dans l'affaire MSB Participações Ltda. En l'espèce, l'une des entreprises de l'opération a demandé que le paiement de la sanction soit proportionnel à la participation de chacune des entreprises dans l'opération. Il s'agissait d'un contrat de fusion, notifié tardivement, mais qui prévoyait que, en cas de sanctions prononcées par les autorités de concurrence, chaque entreprise partie de la fusion serait responsable pour une certaine somme. Le juge a refusé l'argument de l'entreprise.<sup>302</sup>

**514.** En France, l'article L. 430-8-II dispose que « si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I. », Il n'existe pas non plus l'accordance aux situations de *carve out agreements*.

**515.** Dans le droit de l'Union, dans l'affaire Electrabel T332/09<sup>303</sup>, statuant avec compétence de pleine juridiction sur les recours intentés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte, la Cour a indiqué que l'objectif de la

---

<sup>302</sup>JFDF, 10 mars 2014, MSB Participações Ltda., Affaire n. 2000.34.00.030602-6/DF: « Le montant de l'amende appliquée a été pris en considération de la situation financière de chacun des individus (article 27, VII, de la loi n° 8.884/94), et en fonction de leur part de responsabilité en prenant en compte l'élément de la bonne-foi mentionnée dans l'article 27, II, de la loi antitrust. Ainsi, il semble raisonnable d'établir une peine pécuniaire d'une valeur équivalente à 420.000 UFIR's. Par respect de la décision du Tribunal du CADE qui a appliqué l'amende en question, lequel a également déterminé que cette sanction serait due par les participants de chaque opération, et que l'entreprise ne soit contrainte au paiement que d'un tiers de la peine pécuniaire ».

<sup>303</sup>CJUE, 3 juillet 2014, Electrabel / Commission, C-84/13 P.

réglementation de l'Union est la prévention d'atteintes irréparables et permanentes à la concurrence. Les limitations entourant la possibilité de dérogation à l'obligation de suspension confirment l'importance primordiale accordée à l'obligation de suspension. L'analyse *ex post* de l'absence d'effet d'une opération de concentration sur le marché ne saurait raisonnablement être un facteur déterminant pour qualifier la gravité de l'atteinte au système de contrôle *ex ante*. L'absence d'effets sur le marché est pertinent pour fixer le montant de l'amende. La présence d'un dommage concurrentiel rendrait l'infraction encore plus grave.

## B) Le rétablissement de la situation antérieure

**516.** Si l'opération est réalisée sans avoir été autorisée par le CADE, l'article 88, 3 indique la nullité des actes pratiqués sans l'observance de l'exigence de suspension. La conséquence naturelle de cette nullité est le rétablissement de la situation antérieure à la réalisation de l'opération. La loi indique cette conséquence, en ajoutant la sanction d'une amende et l'ouverture d'une affaire par infraction concurrentielle.

**517.** Force est de dire que quelques situations ne permettent plus le retour en arrière, notamment quand on parle des faits (accès aux informations sensibles, divulgation des informations, par exemple). Dans l'affaire Brasfrigo Ltda., Brasfrigo S/A et Goiás Verde Ltda, Opération 08700.010394/2014-32, on était devant une acquisition d'un concurrent par un autre dans le marché de conserve : maïs, pois, entre autres produits. L'opération n'avait pas d'impact sur le marché, mais l'entreprise Goiás Verde a réalisé l'opération sans avoir l'autorisation préalable. L'entreprise a indiqué sur son site internet que les marques de l'entreprise Brasfrigo faisaient déjà partie du groupe Goiás Verde. De plus, l'entreprise a indiqué le changement de l'étiquette d'emballage, également sur le site internet.

**518.** La sanction de nullité peut avoir lieu, toutefois, quand on parle des obligations contractuelles en cours. Dans l'affaire Nouek Participações Ltda. e Shimano Inc., Opération

n° 08700.002655/2016-11, qui a résulté en la création de l'entreprise Blue Cycle Distribuidora S/A, on avait une obligation de vente exclusive des bicyclettes Shimano par la nouvelle entreprise. En plus d'une amende de 1,5 milliard de réais, l'entreprise a souffert de la suspension du contrat d'exclusivité avant la décision finale du CADE.

**519.** La décision du CADE a indiqué que, étant donné que l'autorité n'a pas pu observé les effets de l'opération sur le marché, la continuité d'un contrat d'exclusivité peut porter atteinte au bon fonctionnement du marché. Le CADE a déterminé le rétablissement de la situation antérieure.

**520.** Ce genre de décision n'a pas été l'objet d'examen du juge brésilien, car dans ces opérations, les entreprises ont accepté la sanction, et n'ont pas formé de recours contre la décision.

**521.** Le rétablissement de la situation antérieure est aussi envisagé dans les décisions de la Cour de Justice. Selon le règlement 139/2004, la Commission peut ordonner aux entreprises concernées de dissoudre la concentration, notamment par la séparation des entreprises fusionnées ou la cession de la totalité des actions ou actifs acquis, afin de rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration. Dans le cas où un tel rétablissement ne serait pas possible, la Commission peut prendre toute autre mesure appropriée pour rétablir, dans la mesure du possible, la situation antérieure à la réalisation de la concentration.

## CONCLUSION DU TITRE II DE LA SECONDE PARTIE

En conclusion de ce titre, on observe que le contrôle approfondi des concentrations par le juge peut être utile.

Le contrôle sur la légalité est un contrôle opéré par rapport aux actes administratifs, pour lesquels le juge est habitué à régler ces affaires. La compétence du CADE pour trancher le contrôle de concentration semble bien résolu chez les juges, malgré le fait que le débat sur le système financier reste encore ouvert.

Le juge admet et parfois prend des décisions qui substituent le choix administratif au sien. Pour qu'on puisse avoir une analyse technique et apporter plus de sûreté à l'analyse juridictionnelle, il est nécessaire de suivre les guides qui orientent les autorités à prendre les décisions.

Le juge arrive à identifier le marché pertinent, mais sans utiliser de critères techniques, surtout fondé sur « ses convictions ». Les affaires concernant la définition du marché pertinent indiquent cette situation. Mais quand le juge brésilien aura besoin de trancher des aspects plus spécifiques, comme l'exercice du pouvoir de marché, l'absence d'une formation en droit de la concurrence pourra apporter des difficultés sérieuses pour le contrôle des concentrations.

Les décisions prises jusqu'à présent par le juge, et confrontées aux tests d'évaluation, indiquent des décisions basées sur des présomptions et sa libre conviction.

Ce qui est encore plus dangereux pour le contrôle à présent, est que le juge admet de discuter les arguments contraires aux atteintes concurrentielles d'une opération. Les aspects de gains d'efficacité sont traités d'une forme aléatoire et on admet même que le juge applique directement un concept propre d'exception de l'entreprise défaillante.

De plus, dans les affaires sectorielles, ils choisissent de privilégier des secteurs en bouleversant l'analyse concurrentielle. Cela a lieu au Brésil parce que les décisions fondées

en principes permettent que le juge puisse invoquer des valeurs de politique publique, même si elles n'ont aucun rapport avec le contrôle administratif, objet du recours.

Le contrôle juridictionnel des infractions procédurales est opéré actuellement d'une façon plus adhérente aux exigences internationales. Dans un premier temps, le juge a mis en scène un contrôle de proportionnalité des sanctions par rapport aux notifications tardives et les obligations d'informations. Toutefois, les positions plus récentes indiquent la reconnaissance des infractions procédurales comme des infractions formelles, dont on doit faire attention pour faire face aux exigences d'une analyse préalable et efficace.

## CONSIDÉRATIONS FINALES

Le contrôle administratif des concentrations au Brésil a débuté dans les années 1990, sur la base d'un régime de contrôle *a posteriori*. Étaient contrôlés les « actes de toute forme présentés » qui pouvaient porter atteinte à la concurrence. Les seuils de notifications n'étaient pas très clairs. On parlait d'actes de toute forme, mais on indiquait aussi que les revenus des entreprises au-dessus de 400 millions de réais obligeaient la notification. Il y avait la présence de deux autorités pour instruire les opérations (SEAE et SDE) et une (CADE) pour décider de la compatibilité avec les buts de la loi. Le contrôle opéré dans la loi de 1994 empêchait l'autorisation d'une opération qui pouvait créer, limiter ou porter atteinte à la libre concurrence, ou entraîner la domination des marchés.

Dans les premiers temps de la mise en place de ce contrôle, les entreprises et les autorités n'étaient pas habituées au contrôle préventif. Elles devaient respecter des procédures nouvelles et assimiler de nouveaux concepts juridiques et économiques. Les entreprises ont découvert les sanctions procédurales et des restrictions aux opérations. Si les restrictions partielles ont été nombreuses, très peu d'interdictions sont intervenues.

Les entreprises sont alors allées devant le juge, en critiquant d'abord les aspects formels, mais également la décision au fond du CADE. C'est le point de départ du contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil.

En 2011, après le constat de l'inadaptation du modèle de contrôle *a posteriori* pour le pays, le Brésil a adopté le modèle de contrôle préalable (*a priori*). La définition de concentration est devenue claire, les seuils cumulatifs de notification sont apparus, et surtout l'unification des guichets a permis d'uniformiser les procédures. Sont interdites les opérations qui pourraient éliminer la concurrence dans une partie relevant du marché pertinent, qui pourraient créer ou renforcer la position dominante, ou même entraîner la domination du marché. Tel est le contexte actuellement.

En observant tout ce qui s'est passé au long de ces années, il a été possible de faire le point sur le contrôle administratif et de tirer des conclusions sur le rôle du contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil.

Il est possible de constater, d'abord, que le contrôle juridictionnel au Brésil n'est pas encore arrivé au sommet atteint par l'Europe depuis les affaires de 2002. On observe que le juge européen a pris sa place dans le contrôle des concentrations, puisqu'il a pu annuler une décision d'interdiction par la Commission (Airtour), mais aussi une décision d'autorisation (BMG). En plus des décisions contraires à la Commission, on a vu émerger des messages clairs sur des aspects formels et de contenu du contrôle de concentrations.

Au Brésil, jusqu'à présent, le contrôle juridictionnel est imprécis. L'organisation du contrôle sur place ne permet pas qu'on fasse une jurisprudence bien fournie, et les décisions doivent être examinées comme des avis autonomes de chaque juge, de chaque Cour. Le contrôle juridictionnel n'est pas au même niveau que le contrôle administratif, ce qui exige l'examen soigneux des inconvénients.<sup>304</sup>

En ce qui concerne la compétence, la grande quantité de juges et de chambres chargés du contrôle empêche une spécialisation. Le juge, par nature et par vocation, est amené à privilégier la sécurité juridique et se trouve mal préparé à affronter l'évolutionnisme de la théorie économique.<sup>305</sup> Par ailleurs, l'apprentissage du juge s'oriente vers les garanties de son indépendance dans ses fonctions et de la préservation de son impartialité. Ce sont des principes qui doivent inonder en priorité la justice brésilienne, qui souffre depuis trop longtemps d'une méfiance ancrée dans le système. À défaut de la nécessité d'être un juge spécialisé, l'impartialité est primée.

---

<sup>304</sup>Le CADE a reçu le titre d'agence antitrust des Amériques en 2014 lors de la remise de prix annuelle réalisée par la revue britannique Global Competition Review - GCR, spécialisée en politique de concurrence et de régulation. Le Cade a vaincu les agences nord-américaines New York State Office of the Attorney General Antitrust Bureau, US Department of Justice's Antitrust Division – DoJ et Federal Trade Commission – FTC. Selon le président du CADE de l'époque, Vinicius Marques de Carvalho, recevoir ce titre « est une reconnaissance du dévouement et de l'engagement de toutes les personnes travaillant au Cade qui préservent son rôle de défense de la concurrence au Brésil », Disponible à l'url : [www.cade.gov.br/noticias](http://www.cade.gov.br/noticias) sur 15/04/2015 (accédé en août 2016).

<sup>305</sup> G. VALLINDAS, « Droit européen des concentrations », Bruylant, 2017, p. 899.

Le juge au Brésil est un généraliste qui statue sur les litiges concernant des droits indigènes aux droits humains, en passant par les crimes contre l'organisation du travail et le droit à la sécurité sociale<sup>306</sup>, y compris des conflits relatifs aux recours formés contre les décisions administratives du CADE.<sup>307</sup>

La connaissance du juge en droit de la concurrence et plus spécifiquement en contrôle de concentration a une incidence importante sur la qualité des décisions et sur la durée finale du recours judiciaire. Même si en droit de la concurrence les affaires ne sont jamais identiques, les connaissances accumulées du juge lui donnent une plus grande aptitude à régler rapidement une affaire sous examen.

En raison de cette absence de spécialisation, on observe des décisions génériques. Ces décisions, motivées sur des principes du droit, ne découlent pas à proprement parler d'une évaluation substantielle de l'affaire.

En outre, le juge de premier degré au Brésil est chargé d'une grande quantité et diversité d'affaires. Selon des données statistiques obtenues auprès du Conseil National de

---

<sup>306</sup>Voir sur le thème A. MENDES, *Competência cível da justiça federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>307</sup>Comme on l'a vu, l'article 109 I, de la Constitution Fédérale Brésilienne est interprété tel qu'il autorise les recours contre les actes d'une autorité administrative, auprès de la justice fédérale. C'est-à-dire qu'un recours peut être formé soit au lieu du siège de l'entreprise, soit devant la juridiction de l'autorité administrative. Le recours devant l'une ou l'autre juridiction est facultatif. Une telle interprétation dénature la règle de compétence juridictionnelle du Code de procédure civile qui dispose que l'acte administratif devra être déféré devant la juridiction où siège le CADE uniquement. Cette règle est favorable à l'obtention d'une décision jugée par des « spécialistes de la concurrence ». Une interprétation en faveur de la règle du Code de procédure civile avait été formulée dans l'affaire DELTA/ CADE, Affaire n. 627709, DJE 30/10/2014. Dans cette affaire, le juge a confirmé que « le juge du District Fédéral a compétence pour apprécier les recours ». Or, récemment la Cour Constitutionnelle a fait une analyse contraire et a considéré que le choix de la compétence juridictionnelle découle de la Constitution. Cette position semble toutefois traduire une interprétation fautive de la Constitution ; décision STF, 20 août 2014, c/ CADE. En France, la compétence pour apprécier les décisions de l'Autorité de la concurrence par le Conseil d'État a été longuement débattue. Pour M. VOGEL, « à l'occasion du transfert du pouvoir du ministre à l'Autorité de la concurrence, il aurait été concevable d'unifier le contentieux de la concurrence en prévoyant que l'ensemble des recours soit porté devant les juridictions judiciaires (Cour d'Appel de Paris, Cour de Cassation, Chambre Commerciale), exclusivement compétentes pour les recours introduits contre les décisions du Conseil de la concurrence en matière d'ententes et d'abus de domination. [...] En l'absence de dispositions spécifiques en ce sens en droit français, le transfert de compétence à l'ordre juridictionnel concurrentiel créé au sein de l'ordre judiciaire paraît difficilement réalisable ». L. VOGEL, *Droit de la concurrence européen et français*, Traité de Droit Économique, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> ed., 2018, note de bas de page 7568, p. 1291.

Justice<sup>308</sup>, la 1<sup>ÈRE</sup> instance est la plus encombrée de tout l'ordre judiciaire, et, par conséquent, celle qui rend le plus de décisions. Parmi les 95,1 millions d'affaires jugées au Brésil en 2013, 85,7 millions étaient des jugements de première instance. Les juges de première instance qui étaient en charge des affaires de concurrence ont eu, en moyenne, 7801 affaires à analyser en même temps, dont 2066 nouvelles affaires dans l'année, et ils en ont jugées 2435. On constate bien à travers cet exemple qu'en l'état actuel des choses, nous ne sommes pas en mesure de réduire le nombre d'affaires en cours de manière substantielle.

À titre de comparaison, en France, aussi en 2013, les 200 membres du CE ont eu 180 cas à trancher. Le taux de couverture (ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées) demeure supérieur à 100% au sein de chaque niveau de juridiction, et le temps nécessaire pour traiter les affaires en cours est inférieur à 1 an dans chacun des trois niveaux de juridiction.<sup>309</sup> La relative rapidité avec laquelle les affaires sont jugées en France (en comparaison avec le Brésil) s'explique aussi par le ratio favorable entre le nombre d'affaires en cours et le nombre de juges disponibles.

Au Brésil, les recours sur les aspects formels sont multiples et les affaires peuvent passer par quatre degrés de juridictions. Il existe au Brésil deux pourvois, car les Cours examinent la conformité des décisions avec la loi, et aussi avec la Constitution. En définitive, le contrôle juridictionnel brésilien est complexe et lent.

Ce schéma de difficultés en raison de la quantité d'affaires exige des intéressés un comportement proactif. Pour qu'une affaire puisse être jugée rapidement, le CADE, par exemple, qui disposait d'un délai légal de 60 jours pour présenter ses raisons, a réussi à le faire en 4 jours.<sup>310</sup>

---

<sup>308</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, « Rapport Justice en Nombres 2014 ». Disponible à l'url : [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br) (accédé en août 2016).

<sup>309</sup> Disponible à l'url: [www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Rapport-public-2014](http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Rapport-public-2014) (accédé en août 2016).

<sup>310</sup> L'affaire a débuté en 2008 et a été jugée en première instance en 2010, dans un délai bien inférieur à la moyenne des affaires jugées au Brésil. CADE, 23 juillet 2008, Saint-Gobain et Owens Corning, Affaire n. 08012.001885/2007-11, et JFDF, 9 novembre 2010, Affaire n. 2008.34.00.025853-9. Dans cette affaire, l'entreprise avait vu son opération être refusée, et s'est vue obligée d'aliéner l'actif acquis. Dans un premier

En effet, la durée est l'un des principaux problèmes envisagés par les entreprises. On a vu qu'il n'est pas rare d'observer des recours formés qui durent jusqu'à 8 ans avant qu'une décision soit prononcée. L'affaire Nestlé/Garoto est un cas paradigmatique de ce marathon juridictionnel au Brésil. La décision du CADE a été prononcée en 2005. Deux ans après la formation du recours juridictionnel contre la décision du CADE, la décision de 1<sup>ER</sup> degré a été rendue, en annulant la décision administrative. L'appel a été décidé deux ans après sa formation. Et dans ce cas, comme la décision prise par les juges du TRF 1 a renversé la décision de 1<sup>ER</sup> degré par une décision du collège des juges non unanime, le Code de Procédure Civile prévoit un recours supplémentaire, adressé à un groupe de chambres du TRF 1. Une fois le recours formé par le CADE, l'affaire est encore en attente d'une décision, et on ne sait pas quand celle-ci sera prononcée. Pour changer cette réalité, on a besoin de rapprocher la durée du contrôle juridictionnel de celle du contrôle préalable des concentrations dans la voie administrative. Cela peut être une solution, en ajoutant aux règles de procédures juridictionnelles présentes dans la loi du CADE un délai maximal, pour que soit rendue la décision juridictionnelle, en permettant aussi un temps suffisant pour que le CADE et les juges puissent se coordonner. Si on n'a pas un délai spécial, cela empêche l'idée d'une politique de contrôle de concentrations, avec le partage des responsabilités et missions entre l'autorité administrative et le juge.

Un autre aspect remarquable au Brésil est la facilité de saisine au juge. On a pu observer que selon l'article 5, XXXV, de la Constitution, et l'article 3 du NCPC, toutes les menaces au droit individuel peuvent être l'objet d'un recours juridictionnel. Les juges au Brésil, en effet, sont favorables à un large accès à la Justice pour le droit de la concurrence.

Même si on a créé des limites d'accès pour éviter ou remédier à l'encombrement des juridictions internes, justifiées par l'intérêt général d'effectivité d'une politique de contrôle des concentrations, le juge n'observe pas, a priori, ces conditions.

---

temps, elle a décidé de former un recours, mais elle s'est finalement volontairement soumise à la décision, en abandonnant l'idée de former un recours judiciaire.

Les actes attaqués dans les recours formés sont, en règle, les décisions finales des autorités, qui peuvent être divisées entre les décisions unilatérales et les décisions d'acceptation d'engagements. Si au début les actes unilatéraux étaient nombreux, aujourd'hui le nombre d'opérations autorisées moyennant des engagements signés entre le CADE et les parties concernées augmente. Le plus étonnant au Brésil est la facilité de saisine du juge sur des actes accessoires. Les recours sont formés contre les actes intermédiaires de nature préparatoire (les informations et, peut-être, les avis juridiques et économiques), et contre les actes intermédiaires de nature décisive : on parle des actes de constatation (Surintendance) et d'évocation (Commissaires) des opérations. Alors qu'en Europe, les recours contre de tels actes seraient déclarés irrecevables, ils sont possibles, au Brésil, et la situation ne devrait pas changer à l'avenir.

En ce qui concerne les personnes susceptibles de former les recours, jusqu'à présent les parties concernées sont les parties à la concentration. Toutefois, on a pu constater que les tiers sont déjà présents dans ce contentieux. La participation des salariés a été envisagée de même que des interventions curieuses, comme celle du Parquet du Travail au Brésil. À l'avenir, les tiers, surtout des concurrents et des clients, devraient sans doute être encore plus actifs. Comme en Europe, la possibilité de demander la suspension des opérations qui viennent d'être réalisées, ou de celles qui ne sont pas encore réalisées augmente avec la compréhension du système par les entreprises. Au Brésil, il va falloir prêter attention aux recours formés par les consommateurs. Si en Europe leur participation est plutôt réservée au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'objectif de protection des consommateurs prévu par la Constitution et la loi brésilienne sera certainement un argument fort pour que les juges acceptent leurs recours en contrôle de concentrations.

Toujours en ce qui concerne l'organisation du contrôle, le déroulement de la procédure est une grande source de difficultés. En fait, la procédure observée dans le contrôle juridictionnel n'est pas appropriée car elle peut être considérée comme trop complexe. Les recours juridictionnels suivent les règles de la procédure civile de droit commun, avec très peu de règles spéciales pour le contrôle de concentrations. Le juge est attaché à des instruments lents et bureaucratiques, comme la conciliation et l'expertise, sans que ces

derniers contribuent à améliorer l'analyse concurrentielle. L'aspect positif introduit par le nouveau Code de Procédure Civile du Brésil est de permettre aux parties de négocier une procédure appropriée, dès lors qu'elle ne contrarie pas des aspects d'ordre public. Cela pourra raccourcir le délai des affaires futures. En ce qui concerne les décisions, l'existence de plusieurs recours transforme la décision du juge de 1<sup>ER</sup> degré en une décision intermédiaire, tandis que les appels et pourvois (TRFs ; STJ et STF) conduisent à des procédures interminables.

Les mesures d'urgence sont dans ces conditions demandées dans tous les recours, et sont le principal instrument d'effectivité des décisions juridictionnelles. Elles permettent d'anticiper les décisions du juge, ce qui est encore plus important pour des affaires de longue durée. Cela a pour conséquence que les décisions provisoires au Brésil sont aussi importantes pour le droit de la concurrence que les décisions finales, ce qui s'explique lorsque des décisions peuvent être rendues après 8 ans de procédure.

Toutefois, la possibilité de plusieurs recours contre les mesures d'urgence est impactante. Les recours de concurrence ne bénéficient d'aucune priorité de passage, et sont souvent traités après des affaires courantes dont les solutions peuvent servir de précédent et être étendues à d'autres cas similaires (ce qui est impossible à faire en matière de concurrence, car chaque cas doit être analysé individuellement).

La procédure de contrôle impose aussi des difficultés matérielles pour les jugements. Le Code de Procédure Civile, par exemple, précise les délais qui doivent être respectés par le juge pour prononcer les décisions intermédiaires et définitives. Cependant, tous les délais de délibération sont considérés comme des règles non obligatoires. En ce sens, si le juge ne respecte pas les délais, il n'aura aucune sanction. Il s'ajoute à cela l'existence de conflit de compétence juridictionnelle entre les différentes chambres de jugement d'une même Cour d'appel. Ces Cours peuvent répartir les affaires entre les chambres en fonction de la nature du contentieux en cause (par exemple : a) contentieux sur un acte administratif ; b) recours sur une décision d'octroi d'amende...). Pour exemplifier les problèmes qui en découlent, le TRF 1<sup>ÈRE</sup> Région est resté pendant longtemps en débattant si une décision du CADE (acte

administratif) qui détermine une amende doit être jugée par la chambre A ou la chambre B. Le recours a dû attendre longtemps avant d'avoir une réponse.<sup>311</sup>

Dans ce contexte, l'examen de légalité semble être l'aspect le plus facilement assimilé par le juge. En ce qui concerne la légalité, des aspects de compétence et des vices de procédures ont fait l'objet de recours. Ils ont été traités par le juge comme des recours contre les actes administratifs en général, car le juge est habitué à ce genre d'analyse juridique. Force est de constater, toutefois, que le contrôle juridictionnel n'a pas joué un rôle décisif sur l'évolution des solutions en matière de compétence. La question sur la compétence pour analyser les opérations de concentrations dans le secteur bancaire attend toujours la décision finale du STF. L'application de la théorie des effets et de la compétence *ratione loci* par rapport au chiffre d'affaires local n'a pas été le produit d'une action directe du juge, mais d'une prise de conscience de l'autorité qu'il fallait procéder à des adaptations du contrôle. Les vices de procédure constituent le point où les avancées ont été les plus nombreuses, surtout parce qu'après l'affaire Nestlé/Garoto, le CADE a pris conscience de l'importance de veiller au bon déroulement de la procédure d'instruction des opérations et a commencé à observer les exigences du « contradictoire substantiel » exigé par le juge.

Outre les incertitudes apportées par des questions procédurales, on est devant des incertitudes sur le fond des décisions prononcées. Et en ce sens, un contrôle restreint sur les aspects économiques s'avère plus prudent.

Quand un recours contre une décision en contrôle de concentrations est formé, les entreprises et le CADE savent qu'on peut avoir au moins 8 décisions (parmi référés et décisions finales) prononcées par la Justice Fédérale. Cela veut dire que la Justice de 1<sup>ER</sup> degré, les TRFs, le STJ et le STF ont la possibilité de prononcer chacun au moins un référé et une décision de conclusion de l'affaire. Et chaque décision peut être différente l'une de

---

<sup>311</sup> Voir par exemple l'affaire TRF 1<sup>ERE</sup> région, 2 juillet 2009, UNIMED/CADE, Affaire n. 2008.01.00.055404-9/DF. Même s'il ne s'agit pas d'un cas de contrôle de concentration dans le secteur de la santé, cette affaire mérite d'être mentionnée. Deux chambres différentes du TRF s'estimaient compétentes et se disputaient l'affaire. Il a finalement fallu un an pour déterminer la chambre compétente. C'est de là que vient l'idée d'attribuer la compétence à un seul tribunal pour éviter ce genre de situation.

l'autre, en ce qui concerne l'autorisation ou l'interdiction de l'opération et des mesures accessoires diverses prévues.

L'entreprise peut être obligée de prendre plusieurs précautions (économiques et juridiques) tout au long de la procédure, sans pour autant savoir si la décision provisoire sera confirmée dans le futur, ou même si elle sera renversée immédiatement.

Les recours formés contre l'opération Vale do Rio Doce peuvent illustrer le degré d'incertitude de ces changements de décisions. Dans les recours formés contre le vote de la Présidente du CADE, qui a autorisé l'opération avec des restrictions, le juge de 1<sup>ER</sup> degré a tout d'abord prononcé un référé suspension sur la décision du CADE. Ensuite, il a décidé au fond favorablement au CADE. Dans le TRF de la 1<sup>ÈRE</sup> Région, le juge rapporteur a prononcé un référé suspension par rapport à l'appel de la Société Vale do Rio Doce. Et, encore une fois, comme dans la décision de 1<sup>ER</sup> degré, les juges du TRF ont rejeté l'appel. La Vale a formé un pourvoi contre cette décision, et le juge rapporteur au STJ a de nouveau rendu un référé suspension. Et cela a été le parcours de l'affaire jusqu'à la décision du STF, favorable au CADE.

La situation dans l'affaire GNL/Gemini a été dans le même sens. Les décisions de 1<sup>ER</sup> et 2<sup>ÈME</sup> degrés en référé ont été favorables à l'entreprise, et les décisions au fond ont confirmé l'examen administratif final du CADE.

En plus, on est distant d'un simple choix binaire de confirmation ou annulation de la décision, car on peut être confronté à une nouveauté décisive. Le juge pourra prononcer une « mesure intermédiaire » ou même une solution alternative.

La possibilité d'un changement intégral du contenu de la décision est sans aucun doute un inconvénient pour les entreprises qui forment les recours. Le juge peut enjoindre une entreprise de faire ou de ne pas faire des obligations différentes de celles prévues dans la décision du CADE.

Dans le recours de l'affaire Nestlé/Garoto formé par le syndicat des travailleurs de

l’Espírito Santo, le juge a décidé que les actifs choisis par le CADE comme suffisants pour accomplir l’autorisation sous conditions ne pouvaient pas être vendus séparément, mais ils devaient être vendus conjointement. La décision a été annulée en appel par le TRF 2, mais une fois la décision juridictionnelle confirmée, le fait de modifier le type de vente des actifs change aussi bien la détermination du CADE que la valeur de l’actif.

En réalité, l’affaire Nestlé/Garoto n’aura pas une décision adéquate. La solution issue de la décision du CADE est basée sur une analyse du marché de 2005, dont les entrées et sorties des concurrents ont totalement changé. Le fait que le juge va confirmer ou interdire l’opération ne sera pas une solution concurrentielle, mais une solution exclusivement juridique.

Une des motivations les plus utilisées pour établir une nouvelle proportionnalité pour la décision est l’invocation des principes économiques. Au Brésil, la Constitution prévoit que l’ordre économique est fondé sur les principes de la souveraineté nationale, de la propriété privée, de la fonction sociale de la propriété, de la libre concurrence, et de la défense de l’environnement. Ainsi, le juge « découvre » un principe constitutionnel dans la décision administrative, et rend sa décision en bouleversant le contenu antérieur.

Le nouveau Code de Procédure Civile du Brésil semble pouvoir corriger ce problème, car il exige que le juge ne se fonde pas sur des raisons qui puissent justifier différents sujets et interdit qu’il n’analyse pas les arguments présentés par les parties (l’article 489, par II et III). Mais de toute façon, les modifications du contenu des obligations administratives imposent des inconvénients pour les entreprises.

Par rapport à la possibilité de plusieurs recours intermédiaires au cours de la procédure, ce qui peut conduire à des changements des décisions systémiques, il est nécessaire d’écarter la possibilité d’appels et de pourvois (peu probable) ou d’exiger des juges de la rigueur quant au *fumus boni iuris* des recours.

L’analyse des décisions indique que le juge n’est pas très attaché au *fumus boni iuris*, mais plutôt aux aspects d’urgence. On a pu constater que les demandes de mesure d’urgence

dans la loi de 1994 étaient dirigées contre les décisions au fond du CADE, tandis que les mesures d'urgence sous la loi de 2011 ont un caractère procédural. Ce scénario ne devrait pas perdurer, car jusqu'à présent les recours formés dans le cadre de la nouvelle loi l'ont été contre les décisions accessoires.

L'aspect le plus sensible du contrôle juridictionnel brésilien concerne l'étendue du contrôle sur les appréciations économiques complexes. Le fait d'admettre un contrôle approfondi au détriment d'un contrôle restreint a pour conséquence, en raison de l'absence d'expertise du juge, des décisions de piètre qualité, parfois même illégitimes.

Les juges n'appliquent pas les tests d'évaluation existants, et de ce fait les décisions ne peuvent être systématisées. Ils abordent les aspects qui attirent le plus leur attention. On a pu constater, par exemple, que si le juge identifie bien le marché pertinent et la puissance économique des parties concernées à l'opération, il a du mal à contrôler les arguments justifiant l'opération. En ce qui concerne le bilan concurrentiel, le juge adopte une présomption d'effets négatifs presque absolue par rapport aux marchés en monopole et oligopole et n'a pas encore analysé les arguments de gains d'efficacité. Cela confirme que le juge est encore resté à la phase de contrôle procédural sans passer au contrôle au fond, mais quand il décide de contrôler le fond, les décisions peuvent devenir incohérentes. En ce qui concerne le bilan économique et social, le juge admet que les décisions sectorielles parallèles priment sur l'examen concurrentiel du CADE et, pour les sociétés soumises à des procédures d'insolvabilité, le juge n'applique pas l'exception d'entreprise défaillante et n'accepte pas que le CADE puisse interdire une opération qui a été organisée sous contrôle juridictionnel. En résumé, les opérations qui peuvent donner lieu à un bilan économique et social risquent d'être tranchées directement par les juges.

Dans un tel scénario, le contrôle approfondi n'est pas davantage légitime au regard des objectifs d'un contrôle juridictionnel. Il entraîne des inconvénients aussi bien pour les entreprises que pour l'État.

Pour les entreprises, comme l'on a vu, l'utilisation de la procédure ordinaire de contrôle permet, du fait de l'existence en pratique de quatre degrés de juridictions, des

décisions contradictoires. De plus, la durée entraîne des incertitudes sur les opérations dont on se demande si elles pourront être maintenues. Le juge peut imposer une obligation inattendue, pour remplacer les remèdes acceptés par le CADE, qui peut ne pas être utile aussi bien pour l'entreprise que pour le marché.

De manière paradoxale, le contrôle approfondi du juge porte atteinte à l'intérêt général. Les décisions ne prennent pas en compte l'importance pour le CADE des informations et des sanctions pour parvenir à des décisions de qualité. Il arrive que l'exigence administrative de transmettre des informations sous réserve de sanctions conséquentes en l'absence de transmission ou de présentation d'informations erronées, soit suspendue, sur la base de la simple garantie d'un paiement futur.

Dans l'affaire Anhanguera, le juge a suspendu la décision sous l'argument que le *fumus boni iuris* était la garantie du paiement futur, et non pas la certitude de l'information. La décision assure l'examen juridictionnel du recours, mais elle est absolument contraire aux objectifs d'inciter les parties à fournir des informations correctes. La suspension de l'amende sous l'argument de la garantie du paiement futur écarte une immédiate vérification de la certitude de l'information, et même l'aspect moral pour l'entreprise d'être contrée par fausseté. Ce genre de raisonnement permet à la limite d'invoquer le droit de ne pas former une preuve contre soi, et dans ce sens d'exiger du CADE une investigation autonome sur la réalité du marché.

Comme on peut l'observer, ce genre de position du juge affaiblit les décisions du CADE, qui exigent la certitude des informations. D'autant plus que le manque d'information compromet la qualité de l'analyse concurrentielle.

De plus, la protection de la concurrence sur la base d'un contrôle préventif exige de la vigueur vis-à-vis du *gun jumping*. Or, le juge brésilien semble traiter de la réalisation anticipée et de ces sanctions de la même manière que la notification tardive dans l'ancien système. Toutefois, si on admet la réalisation d'une opération sans sanctionner les infracteurs, cela est la fin de la protection du marché. Si le juge brésilien ne comprend pas le sens d'interdire une réalisation anticipée, on n'a pas une protection concurrentielle effective.

En outre, la raison d'existence d'une autorité administrative, comme le CADE, en charge de décider des opérations de concentrations, fait partie d'une politique publique de protection du consommateur. Il est clair qu'à travers la manutention des conditions de concurrence et de rivalité, le droit de la concurrence protège le consommateur, même indirectement. Cela permet un marché plus équilibré au niveau des prix, avec plus de qualité des produits et services, diversité et innovation<sup>312</sup>.

Le CADE est placé dans des conditions spéciales pour décider sur le fond des opérations de concentration, parce qu'il a une expertise dans l'analyse des marchés. Cela ne peut être observé que si on étudie plusieurs affaires en même temps, aussi bien dans les cas *antitrust* que dans des opérations de concentration. C'est ce qu'on appelle la « vision globale des marchés ».

Cette observation a été faite par le juge brésilien M. Castro Meira, du Tribunal Supérieur de Justice (STJ), dans une affaire qui analysait la compétence du CADE vis-à-vis du système financier. Le Ministre a signalé :

Un autre aspect qui peut renforcer la légitimité de l'intervention du CADE dans les opérations dans le système financier peut être observé parce que dans certaines situations la concentration du marché peut affecter des marchés non financiers. En effet, la complexité des structures de marché et de la gestion des sociétés, qui font partie des groupes économiques intégrés par d'autres sociétés, exige une analyse globale des marchés, alors que le CADE est l'Autorité avec des conditions optimales pour cette mission. La fusion entre banques, par exemple, peut modifier le contrôle des compagnies d'assurance, de titres mobiliers, consortiums, sociétés mercantiles, qui sont déjà surveillées par d'autres autorités administratives (...).

Comme on a pu l'observer, l'impact d'une fusion bancaire n'est pas la fusion bancaire toute seule, mais tous les conséquences et caractéristiques qui peuvent toucher ce marché et le consommateur, d'une façon directe ou indirecte.

Le juge au Brésil est habitué à trancher des affaires dont toutes les parties sont en scène. Cela veut dire que les droits abstraits des consommateurs sont plus difficilement

---

<sup>312</sup> A. FRAZAO, « Direito da Concorrência – pressupostos e perspectivas », Saraiva, 2017, p. 55.

envisagés pour le juge au moment d'autoriser ou d'interdire une opération. Les raisons présentées par les parties concernées et par le CADE dans un recours ne font guère référence à cette valeur défendue par le droit de la concurrence.

En modifiant fréquemment des aspects secondaires de la décision, le juge fragilise le modèle administratif brésilien et le transforme en un modèle judiciaire à l'américaine.

Le droit américain de la concurrence est organisé autour d'une structure qui profite largement aux juges. Ainsi, seul un juge peut interdire une opération<sup>313</sup>, à la différence du modèle brésilien et de celui de l'Europe, mis en œuvre par l'autorité administrative et soumis au contrôle juridictionnel.

Dans le modèle administratif, le CADE aussi bien que la Commission et l'AdIC ont un pouvoir décisionnaire autonome. Selon M. Jordão « l'activité administrative technique d'opinion existe dans toutes les juridictions, bien que dans chacune d'entre elles celle-ci soit désignée par des labels différents. Dans ces cas, il y a un espace pour interpréter ou compléter l'ordre législatif ; il y a de la place pour prendre des choix de nature technique ».<sup>314</sup>

Le juge brésilien doit préserver la structure des compétences des autorités administratives et judiciaires, tout en ressemblant à ce qui a lieu dans les juridictions européennes, et non américaines. S'il n'y a aucune illégalité, une erreur manifeste dans l'analyse économique, il ne faut pas chercher à modifier l'aspect discrétionnaire de la décision qui appartient au CADE.

Le contrôle exercé par le juge sur les appréciations complexes effectuées par l'autorité administrative dans l'exercice du pouvoir d'appréciation relatif au contrôle de concentration doit se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir. Si les décisions modifient les remèdes et les engagements, surtout

---

<sup>313</sup> A. WINCKLER et F. BRUNET (dir.), *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, not. 190.

<sup>314</sup> E. JORDÃO, *Controle judicial de uma administração pública complexa – a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, São Paulo, Malheiros, 2016, p.125.

au Brésil, ce genre d'injonction transforme la décision en opinion.

L'adéquation des questions économiques complexes doit être effectuée par l'autorité de concurrence (CADE) :

« Y compris, je souhaite enregistrer que je suis de l'opinion que, en principe, ce type d'analyse de l'adéquation des mesures pour permettre des actes impliquant la concentration économique, ce qui implique non seulement des questions juridiques, mais aussi des questions économiques complexes, doit être effectué par l'agence à qui est attribué ce rôle, qui a du personnel spécialisé, où le jugement est rendu par un conseil collégial, composé par des membres ayant soit une formation juridique, soit économique ou bien les deux. Au juge, je comprends qu'il appartient de supprimer les illégalités évidentes, y compris sous la forme de disproportion claire de la mesure ou de tout abus de pouvoir. Dans ce cas, tous les membres de l'actuel conseil du CADE sont hautement qualifiés, comme souligné à la page 192, sans que de cas d'abus de pouvoir ou de l'illégalité manifeste soient observés, les mesures adoptées sont loin d'être absurdes, raison pour laquelle j'assume que ces mêmes mesures passent indemnes par un jugement de proportionnalité, ce qui me fait conclure que l'intervention judiciaire ne se justifie pas (... ) ».<sup>315</sup>

Enfin, le contrôle juridictionnel au Brésil reste encore très formaliste et le contrôle approfondi ne sera pas possible avant l'amélioration de la formation des juges, de la structure juridictionnelle et des décisions plus techniques.

Dans cette perspective, plusieurs rapprochements peuvent être suggérés :

- la création des chambres spécialisées ou même d'un Tribunal propre pour le droit de la concurrence et le recrutement des juges par leur spécialité en droit de la concurrence, ce qui apportera des décisions plus techniques dans le contrôle juridictionnel des concentrations ;
- l'observation plus rigoureuse par le juge des conditions de recevabilité des recours, en vue d'empêcher le démarrage des recours qui peuvent apporter de l'instabilité dans les marchés concernés. L'exigence de liens directs avec

---

<sup>315</sup>JFDF, 17 janvier 2007, GNL, Affaire n. 2007.34.00.001628-0.

l'opération et l'effective contribution pour trancher le problème concurrentiel doivent être les aspects principaux. Cet examen préalable des conditions de saisine est compatible avec le droit générique d'accès à un juge ;

- l'exigence d'une rigueur quant à la démonstration du *fumus boni iuris* comme une condition essentielle pour les référés, en plus des aspects d'urgence (*periculum in mora*) ;
- le rapprochement de la durée du contrôle juridictionnel de celle du contrôle préalable des concentrations dans la voie administrative. Il est recommandé l'adoption dans les règles de procédures juridictionnelles de la loi du CADE d'un délai maximal pour rendre la décision juridictionnelle, afin de permettre un temps suffisant pour que le CADE et les juges puissent se coordonner ;
- l'ajout de règles procédurales spéciales dans la loi du CADE et l'utilisation des innovations législatives du NCPC, comme le négoce procédural et l'expertise simplifiée, dans le but d'accélérer la procédure et de l'adapter aux nécessités du contrôle des concentrations ;
- il faut que le juge évite les intrusions excessives dans le contrôle juridictionnelle des concentrations et le changement intégral du contenu de la décision du CADE doit être adéquate, pertinente, nécessaire et strictement proportionné au but poursuivi et aux circonstances de chaque opération.

Ainsi, l'adoption de ces modifications permettraient d'améliorer le stade actuel du contrôle juridictionnel des concentrations au Brésil, et sont des conditions préalables à la mise en œuvre d'un contrôle approfondi.

## ANNEXE I – LES LOIS EN MATIÈRE DES CONCENTRATIONS

### LOI BRÉSILIENNE ANTITRUST

#### Loi n° 8.884/1994

#### **TITLE I : GENERAL PROVISIONS CHAPTER I OBJECT**

Article 1. This Law sets out antitrust measures in keeping with such constitutional principles as free enterprise and open competition, the social role of property, consumer protection, and restraint of abuses of economic power. Sole Paragraph. Society at large is entrusted with the legal rights protected herein.

#### **CHAPTER II : TERRITORY**

Article 2. Without prejudice to any agreements and treaties to which Brazil is a party, this Law applies to acts wholly or partially performed within the Brazilian territory, or the effects of which are or may be suffered therein. Sole Paragraph. Foreign companies that operate or have a branch, agency, subsidiary, office, establishment, agent or representative in Brazil shall be deemed situated in the Brazilian territory.

#### **TITLE II : THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE — CADE CHAPTER I INDEPENDENT AGENCY**

Article 3. The Administrative Council for Economic Defense — CADE, an agency with authority throughout the Brazilian territory and created by Law # 4137 of September 10, 1962, shall henceforth become a federal independent agency (*autarquia federal*) reporting to the Ministry of Justice, with headquarters and jurisdiction in the Federal District, and duly commissioned for performance of the duties set forth herein.

#### **CHAPTER II : THE CADE BOARD**

Article 4. The CADE Board shall be composed of a President and six Board Members chosen from among citizens older than thirty years of age reputed for their legal or economic knowledge and unblemished reputation, duly appointed by the President of the Republic after their approval by the Senate.

§ 1. The term of office of the President and Board Members shall be two years, one reelection being hereby permitted.

§ 2. The President and Board Member duties shall be discharged on an exclusive basis; accordingly, no overlapping of positions will be permitted, unless otherwise provided for in the Constitution.

§ 3. In the event of resignation, death or termination of a CADE President, the senior or eldest Board Member (in this order) will take office as President until further appointment thereof, without prejudice to his/her corresponding duties as Board Member.

§ 4. In the event of resignation, death or termination of a CADE Board Member, a new Board Member shall be appointed for the remaining term of office of the replaced member.

§ 5. In the events set forth in the preceding paragraph or upon expiration of the terms of office of the councilmembers, the Council shall be reduced to less than the number established in article 49, the time frames set out in articles 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, sole paragraph, 52, paragraph 2, 54, paragraphs 4, 6, 7 and 10, and 59, paragraph 1 of this Law shall be considered automatically interrupted, and the case development shall be suspended, and the new terms shall begin immediately after restructuring of the *quorum*.

Article 5. The CADE President or Board Members may only be ousted by a decision of the Senate, a request of the President of the Republic, as a result of unappealable criminal sentencing of any such member for malicious crime, or in light of disciplinary action as set forth in Law # 8112 of December 11, 1990 and Law # 8429 of June 2, 1992, as well as owing to violation of any of the limitations dealt with in article 6 hereof.

Sole Paragraph. Any CADE Member's absence at three consecutive ordinary meetings, or twenty intermittent ordinary meetings, shall cause automatic termination of his/her term of office, except for leaves of absence duly approved by the CADE Board.

Article 6. The President and Board Members shall not:

I - receive fees, percentages or other compensation in any way or on any pretext;

II - act as a self-employed workers;

III - participate — as controlling parties, officers, managers, agents or attorneys in fact — in any civil, commercial or like companies;

IV - render opinions on matters of their specialty, even if on a theoretical basis, or act as advisors to companies of any kind;

V - avail themselves of the media to render opinion on cases pending decision, or otherwise disparage orders, votes or sentences handed down by the courts, except for critique in case records, technical works or in the exercise of court duties; and

VI - carry out politics or party-oriented activities.

### **CHAPTER III : AUTHORITY OF THE CADE BOARD**

Article 7. The CADE Board shall:

I - ensure compliance with this Law and its regulations, as well as with the Board internal rules;

II - resolve on purported violations of the economic order, and apply the penalties provided for by law;

III - resolve on proceedings instituted by the Economic Law Office — SDE of the Ministry of Justice;

IV - resolve on *ex officio* appeals from the SDE Secretary;

V - order that action be taken in restraint of violations of the economic order within the term scheduled therefor;

VI - approve both the cease-and-desist commitment (*compromisso de cessação de prática*) and the performance commitment, as well as order SDE to monitor compliance therewith;

VII - judge appeals against preventive action adopted by SDE or by the Board reporting official;

- VIII - make its decisions known to interested parties;
- IX - request information from individuals, agencies, authorities and other public or private entities, with due regard for the confidentiality ensured such information pursuant to law, if any, as well as determine the investigations required for performance of its duties;
- X - request from the Federal Executive Branch agencies and from state, municipal, the Federal District and territorial authorities the taking of all acts required for compliance with this Law;
- XI - retain the performance of examinations, inspections and studies, approving the respective professional fees and other expenditures on a case-by-case basis, all of which shall be borne by the company if it is eventually punished under this Law;
- XII - analyze acts or conducts under any circumstance, subject to approval thereof pursuant to article 54 below, and establish a performance commitment as the case may be;
- XIII - request court execution of its decisions pursuant to this Law;
- XIV - request services and staff from any federal public agencies or entities;
- XV - determine the adoption of administrative and court action by the CADE Attorney General Office;
- XVI - sign contracts and agreements with Brazilian agencies or entities, and advance to the Minister of Justice for approval any such documents that are to be signed with foreign or international organisms;
- XVII - answer consultations on matters within its sphere of authority;
- XVIII - make the forms of violation of the economic order known to the public;
- XIX - draft and approve its internal rules on operations, criteria for resolutions, and organization of in-house services, including for the purpose of establishing the recess of the Board and the Attorney General Office on account of vacation; during such period, the statute of limitations as well as the term set forth in article 54, paragraph 6 hereof shall be suspended;
- XX - draft the structure applying to the CADE staff, with due regard for article 37, II of the Constitution;<sup>[L]</sup>
- XXI - draft budgetary proposals pursuant to this Law; and<sup>[L]</sup>
- XXII - appoint the possible substitute of the Attorney General in the event of absences, dismissal or impairment.

#### **CHAPTER IV : AUTHORITY OF THE CADE PRESIDENT**

Article 8. The CADE President shall:

- I - act as the CADE legal representative in and out of court;
- II - preside over the CADE Board meetings, with the right to vote thereat, plus a casting vote;
- III - distribute processes by lot at the Board meetings;
- IV - call meetings and organize the corresponding agenda;
- V - comply and cause compliance with the CADE decisions;
- VI - determine that the CADE Attorney General Office take all court action required for execution of the CADE decisions and sentences;
- VII - sign the cease-and-desist commitments, as well as performance commitments;
- VIII - submit to the CADE Board for approval the budgetary proposal, as well as the intended assignment of the staff that is to render services to CADE; and
- IX - guide, coordinate and supervise the CADE administrative activities.

## **CHAPTER V : AUTHORITY OF THE CADE BOARD MEMBERS**

Article 9. The CADE Board Members shall:

- I - vote on cases and matters submitted to the CADE Board;
- II. - issue orders and decisions on the cases for which they act as reporting members;
- III. - submit to the CADE Board any requirements as to data and documents from individuals, agencies, authorities and other public or private entities, which data and documents are to be kept confidential pursuant to law, as the case may be, as well as order all investigations deemed required for performance of their duties;
- IV - adopt preventive action, and establish a daily fine for noncompliance therewith;
- V - discharge all further duties ascribed thereto under the applicable internal rules.

## **CHAPTER VI : THE CADE ATTORNEY GENERAL OFFICE**

Article 10. An Attorney General Office shall be commissioned with CADE to:

- I - render legal assistance to CADE, and provide for defense thereof in court;
- II - arrange for judicial execution of CADE decisions and sentences;
- III - subject to the CADE Board preliminary approval, request court measures with a view to curbing violations of the economic order;
- IV - arrive at court settlements for cases involving violations of the economic order, subject to the CADE Board preliminary approval after hearing a representative of the Attorney General of the Republic;
- V - render opinion on cases under the CADE authority;
- VI - ensure compliance with this Law;
- VII - perform all further action incumbent thereon under the internal rules.

Article 11. The Attorney General — appointed by the Minister of Justice, and duly commissioned by the President of the Republic after consultation and approval of the Senate — shall be a Brazilian citizen with unblemished reputation and renowned legal expertise.

§ 1. The Attorney General shall attend the CADE meetings, with no right to vote thereat.

§ 2. The Attorney General shall be subject to the same rules on term of office, reelection, disqualification, termination and replacement as those applying to the CADE Board Members.

§ 3. In the event of absences, temporary separation or impairment of the Attorney General, the plenary body will indicate and the CADE President will appoint a possible substitute to act for a period not exceeding ninety (90) days, with no need for Federal Senate approval; such substitute shall be entitled to compensation for the position held during such substitution.

## **TITLE VII : MONITORING MECHANISMS CHAPTER I. MONITORING OF ACTS AND AGREEMENTS**

Article 54. Any acts that may limit or otherwise restrain open competition, or that result in the control of relevant markets for certain products or services, shall be submitted to CADE for review.

§ 1. CADE may authorize any acts referred to in the main section of this article, provided that they meet the following requirements:

- I - they shall be cumulatively or alternatively intended to:

- (a) increase productivity;
- (b) improve the quality of a product or service; or
- (c) cause an increased efficiency, as well as foster the technological or economic development;

II - the resulting benefits shall be ratably allocated among their participants, on the one part, and consumers or end- users, on the other;

III - they shall not drive competition out of a substantial portion of the relevant market for a product or service; and

IV - only the acts strictly required to attain an envisaged objective shall be performed for that purpose.

§ 2. Any action under this article may be considered lawful if at least three of the requirements listed in the above items are met, whenever any such action is taken in the public interest or otherwise required to the benefit of the Brazilian economy, provided no damages are caused end-consumers or users.

§ 3. The acts dealt with in the main section of this article also include any action intended for any form of economic concentration, whether through merger with or into other companies, organization of companies to control third companies or any other form of corporate grouping, when the resulting company or group of companies accounts for twenty percent (20%) of a relevant market, or in which any of the participants has posted in its latest balance sheets an annual gross revenue equivalent to R\$ 400,000,000 (four hundred million of Reais).

§ 4. The acts dealt with in the main section of this article shall be submitted to SDE — duly accompanied by three counterparts of the corresponding documentation — in advance or no later than fifteen business days after the occurrence thereof, and SDE shall promptly forward one such counterpart to CADE and another to SEAE.

§ 5. Noncompliance with the deadlines set forth in the preceding paragraph will be punishable with a fine in an amount between 60,000 (sixty thousand) UFIR and 6,000,000 (six million) UFIR, imposed by CADE without prejudice to the opening of an administrative proceeding pursuant to article 32 hereof.

§ 6. Upon receipt of the SEAE technical report issued within thirty days, SDE shall pronounce thereon within this same period and then send the case and evidentiary documents on to the CADE Board, which shall resolve thereon within sixty days.

§ 7. The effectiveness of any acts dealt with in this article will be conditioned to approval thereof, which approval shall be retroactive to the date of occurrence of such acts; if not looked into by CADE within the sixty-day period established in the preceding paragraph, the acts referred to above will be deemed automatically approved.

§ 8. The terms set forth in paragraphs 6 and 7 hereof will be stayed while the clarifications and documents considered essential for review of the case by CADE, SDE or SEAE are not submitted as requested.

§ 9. In the event the acts specified in this article are not subject to suspensive conditions or have already caused fiscal or other effects to third parties, the CADE Board — if it elects to deny approval thereof — shall determine that all applicable action be taken to totally or partially revert — by way of dissolution, spin-off or sale of assets, partial cessation of activities, among others — any action or procedure damaging to the economic order, notwithstanding any civil liability for losses and damages caused third parties.

§ 10. Without prejudice to the obligations of the parties involved, any change in the stock control of publicly-held companies or registration of amalgamations shall be reported to SDE by the Securities Commission — CVM and by the Brazilian Commercial Registry Department of the Ministry of Industry, Trade and Tourism — DNRC/MICT, respectively, within five business days for the SDE review, if applicable.

Article 55. The approval dealt with in the preceding article may be reviewed by CADE *ex officio* or at the SDE request, if this approval was based on false or misleading information rendered by the interested party, in the event of default on obligations assumed hereunder, or if the intended benefits have not been attained.

Article 56. The commercial registries or corresponding state entities cannot file any acts related to organization, transformation, amalgamation, merger or grouping of companies, as well as changes in incorporation acts, unless all such acts contain:

I - a clear-cut and detailed statement as to the subject matter thereof;

II - the interest of each partner, and the term for capitalization thereof;

III - full name and identification of each partner;

IV - the place where the headquarters is located and its respective address, including as regards any declared branches;

V - full name and identification of the company's officers;

VI - the term of duration of the company; and

VII - the number, type and value of the outstanding stock.

Article 57. Articles of dissolution shall state the reasons thereof, apart from a statement of the amount ascertained among the partners and an indication of the persons that are to assume the company's assets and liabilities.

## **CHAPTER II : PERFORMANCE COMMITMENT**

Article 58. The CADE Board will define performance commitments to be assumed by any interested parties that submitted acts for review pursuant to article 54 hereof, so as to ensure compliance with the conditions established in paragraph 1 thereof.

§ 1. Performance commitments will take into consideration the extent of international competition in a certain industry and their effect on employment levels, among other relevant circumstances.

§ 2. Performance commitments shall provide for volume or quality objectives to be attained within predetermined terms, compliance with which will be monitored by SDE.

§ 3. Failure without good cause to comply with performance commitments shall cause the CADE approval to be revoked pursuant to article 55 hereof, followed by the opening of an administrative proceeding for the adoption of the applicable measures.

## **Loi n° 12.529/2011**

### **TITLE I : GENERAL PROVISIONS CHAPTER I PURPOSE**

Article 1. This Law structures the Brazilian System for Protection of Competition - SBDC and sets forth preventive measures and sanctions for violations against the economic order, guided by the constitutional principles of free competition, freedom of initiative, social role of property, consumer protection and prevention of the abuse of economic power.

Sole paragraph. The People are the holders of the legal interests protected by this Law.

### **CHAPTER II : TERRITORIALITY**

Article 2. This Law applies, without prejudice to the conventions and treaties of which Brazil is a signatory, to practices performed, in full or in part, on the national territory, or that produce or may produce effects thereon.

§ 1. A foreign company that performs transactions or has its branch, agency, subsidiary, office, establishment, agent or representative in Brazil, shall be considered domiciled in national territory.

§ 2. A foreign company shall receive notice and be served with all procedural acts set forth in this Law, regardless of any powers-of-attorney or contractual or statutory provisions, by means of its agent, representative or person responsible for its branch, agency, subsidiary, establishment or office installed in Brazil.

## **TITLE II : BRAZILIAN SYSTEM FOR PROTECTION OF COMPETITION**

### **CHAPTER I COMPOSITION**

Article 3. The SBDC is comprised of the Administrative Council for Economic Defense - Cade and the Secretary for Economic Monitoring of the Ministry of Finance, with the mandates set forth in this Law.

### **CHAPTER II: ADMINISTRATIVE COUNCIL OF ECONOMIC DEFENSE – CADE**

Article 4. Cade is an adjudicatory body with jurisdiction throughout the national territory, constituted under federal authority, and associated with the Ministry of Justice, with head offices and venue in the Federal District, and the jurisdiction set forth in this law.

#### **Section I : Organizational Structure of Cade**

Article 5. Cade is comprised of the following bodies: I – Administrative Tribunal of Economic Defense; II – General Superintendence; and III – Department of Economic Studies.

#### **Section II : Administrative Tribunal of Economic Defense**

Article 6. The Administrative Tribunal, an adjudicatory body, is comprised of a President and six Commissioners chosen among citizens over thirty (30) years old, who are well reputed for their knowledge of law or economics and who possess a reputation for moral integrity, appointed by the President of the Republic, after being approved by the Federal Senate.

§ 1. The term of office of the President and Commissioners is of four (04) years, and consecutive terms for reappointment are prohibited.

§ 2. The offices of President and Commissioner demand exclusive dedication, and no accumulation is admitted, except for the those constitutionally permitted.

§ 3. In case of waiver, death, impeachment, absence or loss of the President's term of office, the most ancient Commissioner in office or the eldest Commissioner in age, in this order, shall take over, until a new commissioner is appointed, without impairment to his functions.

§ 4. In case of waiver, death or forfeiture of the Commissioner's term of office, a new person shall be appointed to complete the Commissioner's term of office.

§ 5. If, in the cases provided for in § 4 of this article, or upon conclusion of the Commissioners' term of office, the number of members comprising this Tribunal is reduced to less than what is established in § 1 of Article 9 of this Law, the deadlines set forth in this law, as well as the processing of cases, shall be automatically suspended, and timing deadlines shall immediately resume upon reestablishment of the *quorum*.

Article 7. The removal office of the President or Commissioners may only occur by means of a decision by the Federal Senate upon request of the President of the Republic, or in view of an undisputable criminal conviction for intentional crimes, or the disciplinary proceeding as determined by Law No. 8.112, of December 11, 1990 and Law and No. 8.429, of June 2, 1992, or due to a violation of any prohibitions set forth in Article 8 of this Law.

Sole paragraph. The Tribunal member who does not appear in three (03) consecutive ordinary meetings, or twenty (20) interspersed meetings, except for temporary dismissals authorized by the Plenary, shall also automatically be removed from office.

Article 8. The President and the Commissioner are prohibited from:

I - receiving, at any title, and under any pretext, fees, percentages or costs;

II - engaging in the practice of a professional service;

III - holding interest, as a controller, director, administrator, manager, representative or agent, in partnerships, corporations or companies of any kind;

IV - issuing an opinion on the subject in which they are experts, even if in theory, or acting as a consultant in any type of company;

V - stating, by any means of communication, an opinion on cases pending trial, or stating a depreciative opinion on orders, votes or sentences passed by judicial bodies, except for views expressed in regards to criticism of the records, technical literature or opinions expressed in the practice of teaching; and

VI - exercising political party activities.

§ 1. It is prohibited for the President and Commissioners, for a period of one hundred and twenty (120) days from the date they leave office, to represent any individual or legal entity, or interest before the SBDC, except for the defense of their own rights.

§ 2. During the period mentioned in § 1 of this article, the President and the Commissioners will receive the same remuneration for the position they occupied.

§ 3. The former President or former Commissioner who violates the recusal provisions set forth in §1 of this article is liable for crimes against the public administration, and is the

subject to the penalty provided for in Article 321 of Decree-Law No.2848, of December 7 , 1940 - Penal Code.

§ 4. It is prohibited, at any time, for the President and Commissioners to use confidential information obtained as a result of their position.

### **Subsection I : Role of the Plenary of the Tribunal**

Article 9. The Plenary shall, among the other mandates set forth by this Law:

- I - ensure the observance of this Law, its rules and internal regulations;
- II - decide on the existence of violations to the economic order and apply the penalties set forth by law;
- III - render decisions relating to the administrative proceedings filed by the General Superintendence to apply administrative penalties for violations to the economic order;
- IV - take the necessary steps to cease violations of the economic order, within the deadlines it may determine;
- V - approve the terms of the cease-and-desist commitment and agreements for concentration control, as well as determine that the General Superintendence inspect compliance therewith;
- VI - consider, on appeal, the preventive measures adopted by the Reporting Commissioner or the General Superintendence;
- VII - summon the parties interested in its decisions;
- VIII - demand from federal public administrative bodies and entities and require from the State, Municipal Federal District and Territorial authorities the necessary measures to comply with this Law;
- IX - organize testing, inspections and studies, approving, in each case, the respective professional fees and other procedural costs, which shall be paid by the company, in case it is punished in accordance with this Law;
- X - assess administrative proceedings regarding acts of economic concentration, as set forth by law, establishing, when deemed convenient and appropriate, economic concentration control agreements;
- XI - require that the General Superintendence take the necessary administrative measures for the implementation and faithful fulfilment of its decisions;
- XII - request personnel and services from any bodies or entities of the Public Federal Authority;
- XIII - make requests to the Attorney General's Office associated with Cade that administrative and judicial measures be adopted;
- XIV - inform the public about violations of the economic order;
- XV - prepare and approve Cade's internal regulations, providing for its operation, forms for deliberation, rules of procedure and organization of its internal services;
- XVI - propose the structure of Cade's staff, as set forth in item II of the *caput* of Article 37 of the Federal Constitution;
- XVII - draft the budgetary proposals pursuant to this Law;
- XVIII - request information from individuals, agencies, authorities and entities, whether public or private, respecting and maintaining confidentiality, where necessary, as well as determine the necessary steps to exercise its functions; and
- XIX - determine compliance with decisions, commitments and agreements.

§ 1. The Tribunal's decisions shall be made by a majority, with the presence of at least four (4) members, provided that the minimum quorum to start deliberations shall be three (3) members.

§ 2. The Tribunal's decisions shall not be reviewed within the Federal Executive Branch and shall be immediately executed, subsequently communicated to the Public Prosecutor, so that other appropriate legal measures within the scope of its duties are taken.

§ 3. The federal authorities, directors of independent entities, foundations, federal public companies and mixed capital companies and regulatory agencies, are required to provide, subject to liability, all assistance and cooperation required by Cade, including developing technical opinions on matters within their competence.

§ 4. The Tribunal may answer queries about ongoing practices, upon the payment of a fee and the submission of relevant documents.

§ 5. Cade shall define, by resolution, the complementary rules on the query procedure set forth in § 4 of this article.

### **Subsection II : Role of the President of the Tribunal**

Article 10. The President of the Tribunal shall:

I - legally represent Cade in Brazil or abroad, in and out of Tribunal;

II - preside over, with right to vote, including the casting vote, the meetings held by the Plenary;

III - distribute, by lottery, the cases to the Commissioners;

IV - call meetings and organize the corresponding agenda;

V - request, at his discretion, that the General Superintendence assist the Tribunal in taking extrajudicial measures to comply with the Tribunal's decisions;

VI - oversee the General Superintendence in taking measures to execute decisions and sentences rendered by the Tribunal;

VII - sign commitments and agreements approved by the Plenary;

VIII - submit to the Plenary for approval the budget proposal and ideal placement for Cade's staff;

IX - guide, coordinate and inspect the administrative activities performed by Cade;

X - order the expenses related to Cade, except for the expenses of the General Superintendence's management unit;

XI - enter into contracts and agreements with national bodies or entities, and previously notify the Minister of State for Justice of those that are to be signed with foreign or international bodies; and

XII - determine the Attorney General's Office associated with Cade to execute any legal measures decided by the Tribunal.

### **Subsection III : Roles of the Commissioners of the Tribunal**

Article 11. The Commissioners of the Tribunal shall:

I - vote on the cases and matters submitted to the Tribunal;

II - reach decisions and draft orders related to the cases to be reported by them;

III - request information and documents from any person, body, authority and entity, whether public or private, maintaining confidentiality, as needed, and determine the investigations deemed necessary;

IV - adopt preventive measures, establishing the value of daily fines for non-compliance therewith;

V - request that the General Superintendence carry out investigations and produce evidence relevant to the administrative proceeding under this Law;

VI - require that the Attorney General's Office, acting together with Cade, issue a legal opinion on the cases in which they are reporters, when deemed necessary and upon a reasoned order, as set forth in item VII of Article 15 of this Law;

VII - determine that the Chief Economist, whenever necessary, prepare opinions on the cases to be reported, without prejudice to the regular processing of the case and without implying a suspension of the term for analysis, or prejudice to the regular processing of the case;

VIII - discharge themselves from other duties assigned to them under the regulation;

IX - submit cease-and-desist commitment and agreements for the approval of the Tribunal;

X - provide the Judiciary, whenever required, with information on the progress of the cases, and with copies of the records to be part of the legal case.

### **Section III : General Superintendence**

Article 12. Cade shall be comprised of a General Superintendence, with one (1) General Superintendent and two (2) Deputy Superintendants, whose specific duties shall be defined by Resolution.

§ 1. The General Superintendent shall be chosen among citizens over thirty (30) years old, who are well-known for their knowledge of law or economics and who possess a reputation for moral integrity, and appointed by the President of Republic, after being approved by the Federal Senate.

§ 2. The General Superintendent shall hold office for two (2) years, and reappointment for a single subsequent period is allowed.

§ 3. The same rules for impeachment, removal from office, substitution and prohibitions set forth in Article 8 of this Law shall be applicable to the General Superintendent, including the provisions contained in § 2 of Article 8 of this Law, applicable to the President and to the Commissioners of the Tribunal.

§ 4. The position of General Superintendent and Deputy Superintendent require exclusive dedication, and no secondary offices are permitted, except for those constitutionally permitted.

§ 5. During the vacancy period before the appointment of a new General Superintendent, one of the deputy superintendents appointed by the President of the Tribunal shall temporarily take over, and shall hold office until a new General Superintendent, chosen in accordance with § 1 of this article, is installed in the office.

§ 6. If, upon a vacancy set forth in § 5 of this article, there is no Deputy Superintendent appointed in the Superintendence of Cade, the President of the Tribunal shall appoint an officer at Cade, who possesses knowledge of competition law or economics and who possesses a reputation for moral integrity, to temporarily assume the vacant position, and this

officer shall remain in office until a new General Superintendent, chosen in accordance with § 1 of this article, is installed in the office.

§ 7. The Deputy Superintendents shall be appointed by the General Superintendent.

Article 13. The General Superintendence shall:

- I - ensure compliance with this Law, monitoring and following up on market practices;
- II - monitor, permanently, the business activities and practices of individuals and legal entities holding a dominant position in the relevant market of goods or services, in order to prevent violations of the economic order, and for such purposes, request necessary information and documents, while maintaining confidentiality, where necessary.
- III - advance, in light of indications of violations of the economic order, preparatory procedures for administrative inquiries to investigate violations of the economic order;
- IV - decide when there is a lack of grounds to proceed, dismissing the records of the administrative investigation or its preparatory procedures;
- V - prepare and initiate administrative proceedings for the imposition of sanctions due to violations of the economic order, procedures to verify cases of concentration, administrative proceedings to analyze cases of economic concentration, and administrative proceedings to impose procedural sanctions filed for the prevention, verification or repression of violations to the economic order;
- VI - in order to obtain information for the proceedings mentioned in this Law:
  - a) request information and documents from any individual or legal entity, bodies, and authorities, whether public or private, maintaining confidentiality, as the case may be, as well as to determine the inquiries deemed necessary for the exercise of its functions;
  - b) request oral explanations from any individual or legal entity, body, and authority, whether private or public, under this Law;
  - c) conduct inspection of the head offices, establishment, office, branch or subsidiary of the investigated company, the inventories, objects, papers of any nature, as well as commercial books, computers and electronic files, being able to make or require copies of any documents or electronic data;
  - d) being unable to bring the main action, request of the Judiciary, by means of the Attorney-General's Office associated to Cade, a search and seizure warrant for objects, papers of any kind, as well as business books, computers and magnetic files of a company or individual, and in the interests of administrative investigations or administrative proceedings to impose administrative sanctions for violations to the economic order, apply, when appropriate, the provisions of Article 839 and follow Law No. 5869 of January 11 , 1973 - Code of Civil Procedure;
  - e) request the examination and copying of documents and objects obtained in investigations and administrative proceedings opened by Federal agencies or entities;
  - f) require the examination and copying of documents and objects from police inquiries, lawsuits of any kind, as well as administrative investigations and proceedings established by other federal entities, provided that the Council must observe the same confidentiality restrictions established in the original procedures;

- VII - appeal ex officio to the Tribunal upon dismissal of the administrative proceeding in order to impose administrative sanctions for violations of the economic order;
- VIII - upon verifying violations of the economic order, submit to the Tribunal, for trial, the administrative proceedings it established;
- IX - propose terms for a cease-and-desist commitment for violations to the economic order, submitting them the approval of the Tribunal, and inspecting compliance therewith;
- X - suggest to the Tribunal conditions for the execution of an agreement for concentration control and monitor compliance therewith;
- XI - adopt preventive measures to cease practices that constitute violations of the economic order, establishing a deadlines for compliance and daily fines to be applied in cases of non-compliance;
- XII - receive, instruct and approve or contest, before the Tribunal, the administrative proceedings to analyze acts of economic concentration;
- XIII - guide the public administrative entities and bodies about adoption of the necessary measures to fulfill this Law;
- XIV - develop studies and research in order to guide policies to prevent violations to the economic order;
- XV - instruct the public about the various forms of violations to the economic order and ways to prevent and repress it;
- XVI - exercise other duties set forth by law;
- XVII - provide the Judiciary, upon request, with information on the progress of investigations, being also allowed to provide copies of the records to instruct legal proceedings; and
- XVIII - take the necessary administrative measures for the implementation and enforcement of the decisions rendered by the Plenary.

Article 14. The duties of the General Superintendent are the following:

- I - to participate, whenever deemed necessary, without any right to vote, in meetings held by the Tribunal and present testimony, in accordance with internal regulations;
- II - to observe and enforce the decisions of the Tribunal as determined by its President;
- III - to require from the Attorney General's Office associated with Cade the judicial measures related to the exercise of the General Superintendence's judicial powers;
- IV - to determine that the Chief Economist prepare studies and opinions; V – to order expenses related to the General Superintendence's management unit; and VI – to exercise other duties set forth by law.

#### **Section IV : Attorney General's Office associated with Cade**

Article 15. A Specialized Attorney General's Office shall be associated with Cade, which shall be responsible for:

- I - providing legal consultancy and assistance to Cade;
- II - representing Cade in and out of Tribunal;
- III- promoting the judicial enforcement of Cade's decisions and sentences;
- IV - determining the liquidity of Cade's claims, registering them as outstanding debt for the purpose of judicial or administrative collection;

V - the adoption of judicial measures requested by the Tribunal or by the General Superintendence necessary to cease violations of the economic order, or to obtain documents for the finding of facts for administrative proceedings of any nature;

VI - promoting judicial settlements in cases related to violations against the economic order, upon the Tribunal's authorization;

VII - issuing, whenever expressly required by a Commissioner or by the General Superintendent, an opinion related to the proceedings under Cade's competence, without implying a suspension of the deadline for analysis or prejudice to the regular processing of such proceeding;

VIII - ensuring compliance with this Law, and

IX - being discharged from the other tasks attributed to it by the internal regulations.

Sole paragraph. The General Attorney's Office associated with Cade shall, upon enforcing judicial decisions rendered by the General Superintendence and the Tribunal, keep the President of the Tribunal, the Commissioners and General Superintendent informed about the progress of judicial measures and actions.

Article 16. The Chief Prosecutor shall be appointed by the President of the Republic, after approval by the Federal Senate, among Brazilian citizens over 30 (thirty) years old, who are well known for their knowledge of law and possesses a reputation for moral integrity.

§ 1. The Chief Prosecutor shall hold office for two (2) years, and reappointment shall be permitted for a single period.

§ 2. The Chief Prosecutor may participate, without right to vote, in meetings held by the Tribunal, providing assistance and clarification, as required by the Commissioners, pursuant to the Tribunal's Internal Regulations.

§ 3. The same impeachment rules applicable to the Commissioners of the Tribunal shall be applicable to the Chief Prosecutor, except for attendance at the meetings.

§ 4. In case of absences, leave of absence or impeachment of the Chief Prosecutor, the Plenary shall nominate and the President of the Tribunal shall appoint the eventual substitute from amongst the members of the Specialized Attorney General's Office.

### **Section V : Department of Economic Studies**

Article 17. Cade has a Department of Economic Studies, headed by a Chief Economist, which is responsible for the preparation of economic studies and opinions, ex officio or at the request of the Plenary, the President, the Reporting Commissioner or the General Superintendent, updating and ensuring the technical and scientific accuracy of the decisions made by the body.

Article 18. The Chief Economist will be appointed jointly by the General Superintendent and the President of the Tribunal, among Brazilians who possess a reputation for moral integrity and outstanding knowledge of economics.

§ 1. The Chief Economist may participate in meetings of the Tribunal, without voting rights.

§ 2. The same impeachment rules applicable to Tribunal Commissioners shall be applicable to the Chief Economist, except for attendance at the meetings.

### **CHAPTER III : SECRETARY FOR ECONOMIC MONITORING**

Article 19. The Secretary for Economic Monitoring shall promote competition in government agencies and before society, being particularly responsible for the following:

I - to opine on aspects relating to the promotion of competition, the proposed changes in acts establishing norms or standards of general interest of economic agents, consumers or users of services subject to public consultation by the regulatory agencies and, when deemed appropriate, on applications for review of rates and drafts;

II - to opine, when deemed appropriate, on drafts of acts establishing norms or standards prepared by any public or private entity subject to public consultation in matters related to the promotion of competition;

III - to opine, when it deems appropriate, on proposals establishing norms or standards pending in Congress, on aspects related to the promotion of competition;

IV - to develop studies evaluating competition in specific sectors of the national economy, ex officio or upon request by Cade, the Board of Foreign Trade, the Department of Consumer Protection of the Ministry of Justice, or any body that may replace it;

V - to prepare industry studies that serve as input for the Ministry of Finance to participate in the creation of sectoral public policies in the forums in which the Ministry has a seat;

VI - to propose the review of laws, regulations and other acts establishing norms or standards of the Federal, state, municipal and Federal District public administration, which affect or may affect competition in the various economic sectors in the country;

VII - to give statements, ex officio or upon request, about the competitive impact of the measures under discussion in negotiation forums related to tariff amendment, market access and trade protection, with exception made to the powers of the agencies involved;

VIII - to submit to the competent body representation so that it can, at its discretion, take the appropriate legal measures, whenever any normative act has an anticompetitive character.

§ 1. In order to comply with its duties, the Secretary for Economic Monitoring may:

I - request information and documents from any individuals, agencies, authorities and entities, public or private, maintaining legal secrecy as appropriate;

II - enter into agreements and contracts with federal, state, municipal, Federal District and Territorial bodies or entities, whether public or private, to assess and/or suggest measures related to the promotion of competition.

§ 2. The Secretary for Economic Monitoring shall annually disclose a report of the measures adopted by it for the promotion of competition.

### **TITLE III : FEDERAL PROSECUTION**

Article 20. The Attorney General, after consultation with the Higher Board, shall appoint a member of the Federal Prosecution so that it can, in such capacity, issue opinions on administrative proceedings to impose administrative sanctions for violations to the economic order, ex officio or upon request of the Reporting Commissioner.

### **TITLE VII : CONCENTRATION CONTROL CHAPTER I CONCENTRATION ACTS**

Article 88. The following shall be submitted to Cade by the parties involved in the operation of acts of economic concentration in which, cumulatively:

I - at least one of the groups involved in the transaction has registered, in the last balance sheet, annual gross sales or total turnover in the country, in the year preceding the transaction, equivalent or superior to four hundred million reais (R\$ 400,000,000.00); and

II - at least one other group involved in the transaction has registered, in the last balance sheet, gross annual sales or total turnover in the country, in the year preceding the transaction, equivalent to or greater than thirty million reais (R\$ 30,000,000.00).

§ 1. The values mentioned in item I and II of the *caput* of this article may be adequate, simultaneously or independently, on indication of Cade, by inter-ministerial decree of the Ministries of Finance and Justice.

§ 2. The control of the concentration acts referred to in the *caput* of this Article will occur prior to the transaction and shall be performed within, at the latest, two hundred and forty (240) days, as of the application protocol or amendment thereto.

§ 3. The acts found under the provisions set forth in the *caput* of this article shall not be consummated before being reviewed, under this article and the procedure set forth in Chapter II of Title VI of this Law, under penalty of nullity, a pecuniary fine also being imposed, of a value not less than sixty thousand reais (R\$ 60,000.00) nor more than sixty million reais (R\$ 60,000,000.00) to be applied under the regulations, without prejudice to the opening of an administrative proceeding, under Article 69 of this Law.

§ 4. Until the final decision on the transaction, the conditions of competition shall be preserved between the companies involved, under penalty of incurring the sanctions provided for in § 3 of this article.

§ 5. The concentration acts involving elimination of competition in a substantial portion of the relevant market, which could create or strengthen a dominant position or that can result in the domination of the relevant market of goods or services shall be prohibited, except as set forth in § 6 of this Article.

§ 6. The acts referred to in § 5 of this Article may be permitted, provided they are within the limits strictly necessary to achieve the following objectives:

I - cumulatively or alternatively:

- a) increase productivity or competitiveness;
- b) improve the quality of goods or services; or
- c) encourage efficiency and technological or economic development; and

II - a relevant part of the resulting benefits are transferred to consumers.

§ 7. Cade may, within one (1) year as of the respective date of consummation, require the submission of the concentration acts that do not fall within the provisions of this article.

§ 8. Changes in equity control of publicly-held companies and records of merger, without prejudice to the obligation of the parties involved, must be reported to Cade by the Securities and Exchange Commission - CVM and by the National Registry of Commerce of the Ministry of Development, Industry and Foreign Trade, respectively, within five (5) business days, if necessary, to be examined.

§ 9. The term mentioned in § 2 of this article may only be extended:

I - for up to 60 (sixty) days, not further extendable, upon request of the parties involved in the transaction, or

II - up to 90 (ninety) days, upon a reasoned decision rendered by the Tribunal, specifying the reasons for the extension, the period of extension, which may not be further renewed, and the measures which are necessary for the submission of the case to trial.

Article 89. In order to analyze the concentration act submitted, the procedures set forth in Chapter II of Title VI of this Law shall be observed.

Sole paragraph. Cade shall regulate, by means of Resolution, the previous analysis of the concentration acts undertaken with the specific purpose of participating in auctions, bids and acquisitions of shares through public offering.

Article 90. For the purposes of Article 88 of this Law, a concentration act shall be carried out when:

I - two (2) or more previously independent companies merge;

II - one (1) or more companies acquire, directly or indirectly, by purchase or exchange of stocks, shares, bonds or securities convertible into stocks or assets, whether tangible or intangible, by contract or by any other means or way, the control or parts of one or more companies;

III - one (1) or more companies incorporate one or more companies, or

IV - two (2) or more companies enter into an associative contract, consortium or joint venture.

Sole paragraph. What is described in item IV of the *caput*, when used for bids promoted by direct and indirect public administration and for contracts arising there from, shall not be considered concentration acts, for the purposes of Article 88 of this Law.

Article 91. The approval referred to in article 88 of this Law may be reviewed by the Tribunal, ex officio or upon request of the General Superintendence, if the decision is based on false or misleading information provided by the interested party, in case of non-compliance with any of its obligations, or if the intended benefits are not achieved.

Sole paragraph. In case of the event described in the *caput* of this article, falsity or deceitfulness shall be punished with a pecuniary fine, equivalent to not less than sixty thousand reais (R\$ 60,000.00) nor more than six million reais (R\$ 6,000,000.00), to be applied according to the rules of Cade, without prejudice to the opening of administrative proceedings, pursuant to article 67 of this Law, and the adoption of any other appropriate measures.

## **CHAPTER II : AGREEMENT ON CONCENTRATION CONTROL**

Article 92. Vetoed.

## **TITLE VIII : JUDICIAL ENFORCEMENT OF CADE'S DECISIONS**

### **CHAPTER I : PROCEEDING**

Article 93. The decision of the Plenary of the Tribunal, resulting in a fine or imposing obligations, constitutes an extrajudicial executive title.

Article 94. Enforcements with the exclusive purpose of collecting pecuniary fines shall be made in accordance with the provisions of Law No. 6830, of September 22, 1980.

Article 95. For enforcements with the purpose, in addition to the collecting of fines, of complying with obligations, the Judge shall grant specific performance of the obligation, or determine other measures to ensure the practical result equivalent to compliance.

§ 1. The conversion of specific obligations to compensation for losses or damages shall only be admissible if specific performance or obtainment of the corresponding desired result is impossible.

§ 2. The compensation for losses and damages shall be made without prejudice to fines.

Article 96. Enforcement will be performed by all means, including by means of intervention in the company, if necessary.

Article 97. The enforcement of Cade's decisions will occur in the Federal Tribunal of the Federal District or headquarters or domicile of the judgment debtor, at Cade's choice.

Article 98. The establishment of embargoes or the filing of any other action seeking cancelation of the executive title shall not suspend enforcement, if a bond on the value of the Tribunal fines is not posted, in order to ensure compliance with the final decision on the case, including with respect to daily fines.

§ 1. To ensure compliance with specific performance obligations, the judge must set adequate bail.

§ 2. Once the injunction is revoked, the value of the corresponding fine shall be converted into income for the Diffuse Rights Defense Fund.

§ 3. The cash deposit shall not suspend the collection of interest and monetary correction, and Cade may, in the case described in § 2 of this article, enforce the collection of the difference between the value reverted to the Fund for the Defense of Diffused Rights and the updated value of the fine, with the legal increases, as if the enforcement of the credit had never been suspended.

§ 4. In the action that has Cade's decision as an object, the plaintiff must deduce all questions *de facto* and *de jure*, under penalty of estoppel, all claims that could be deduced being considered deduced so that the petition is granted, provided that such petition cannot be deduced under different causes of action in different actions, except with regard to subsequent events.

Article 99. Due to the severity of the violation of the economic order, and upon well-grounded fear of irreparable or serious damage, and in spite of the deposit of fines and adoption of security provisions, the judge may determine the immediate adoption, in full or in part, of the provisions contained in the executive title.

Art 100. In order to calculate the daily fine for continued violation, the final date set by Cade for the voluntary adoption of the measures contained in its decision shall be considered as the initial term, and the day it is actually complied with shall be considered as the final term.

Art 101. The process to enforce in Tribunal the decisions rendered by Cade shall take precedence over other kinds of action, except *habeas corpus* and writ of mandamus.

## **CHAPTER II : JUDICIAL INTERVENTION**

Art 102. The Judge shall order intervention in the company when required to ensure specific performance by appointing an intervener.

Sole paragraph. The decision determining an intervention shall be substantiated and shall indicate, clearly and precisely, the steps to be taken by the appointed intervener.

Art 103. If, within forty-eight (48) hours, the debtor challenges the intervener due to incapacity or lack of good standing, and if such claim is proved within three (3) days, the judge will rule on the challenge within the same period.

Art 104. If the challenge is upheld, the judge shall appoint a new intervener within five (5) days.

Art 105. The intervention may be withdrawn before the deadline, provided that full compliance with the required obligations is demonstrated.

Art 106. The judicial intervention should be restricted to those actions necessary to comply with the underlying legal decision and shall have the maximum duration of one hundred and eighty (180) days, leaving the intervener responsible for its actions and omissions, especially in cases of abuse of power and misuse of purpose.

§ 1. The provisions of arts. 153-159 of Law No. 6404, of December 15 , 1976, shall be applicable to the intervener, as appropriate.

§ 2. The intervener's compensation will be arbitrated by the judge, who may replace him at any time, with replacement obligatory in instances of the intervener's civil insolvency, or when he is considered as the passive or active subject in any form of corruption or malfeasance, or otherwise violates any of his duties.

Article 107. The judge may dismiss from their duties the administrators of the company who are proven to hinder the performance of acts incumbent on the intervener, provided that any possible replacement shall be chosen as set forth in the company's bylaws.

§ 1. If, despite the measures set forth in the *caput* of this article, one or more persons in charge of the administration of the company continues to impede the actions of the intervener, the judge shall proceed in the manner set forth in § 2 of this article.

§ 2. If the majority of the persons in charge of the administration of the company refuse to cooperate with the intervener, the judge shall order for the intervener to take over the full administration of the company.

Article 108. The intervener shall have the following obligations:

I - conduct or order the performance of all acts necessary for enforcement;

II - advise the Judge of any irregularities committed by the company, of which he becomes aware;

III - submit to the Judge a monthly report of his activities.

Article 109. The expenses resulting from the intervention shall be borne by the debtor against whom it has been decreed.

Article 110. After the period of intervention, the intervener shall submit a detailed report to the judge about its management, proposing the closing and archiving of the case, or asking

for an extension of the term, in the event it was not possible to fully comply with the ordered decision.

Article 111. Whoever opposes or prevents any intervention or, after the end thereof, performs any acts that directly or indirectly annuls its effects, in full or in part, or disobeys legal orders given by the intervener shall, as the case may be, be held criminally liable for resistance, disobedience or coercion during the proceeding, under the terms of articles 329, 330 and 344 of Decree-Law No. 2848, of December 7 , 1940 - Penal Code.

## ANNEXE II- OPÉRATIONS DE CONCENTRATION ET RECOURS JURIDICTIONNELS

### 1. CONTRÔLE BRÉSILIEN DU CADE

Numéro	Objet de l'opération	Secteur	Numéro	Réquerants de l'opération	Date de la dernière décision juridictionnelle	Demande par rapport à la décision attaquée	Sommaire de la décision
(CADE) 08012.005 846/1999- 12	Création d'une entreprise commune regroupant les activités de Fundação Antonio e Helena Zerrenner, Companhia Cervejaria Brahma et Cervejarias Kaiser Brasil Ltda	Boissons alcoolisées	(JFDF) 2000.34. 00.04260 1-2	Distribuidora de Bebidas CD Ltda	9 novembre 2000	Annulation	Annulation
(CADE) 08012.007 684/2001- 32	Cession par Serv-Kin de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2001.34. 00.03347 1-8	Elevadores do Brasil LTDA	28 septembre 2004	Annulation	Annulation partielle
			(TRF1) 2001.34. 00.03347 1-8	Elevadores do Brasil LTDA	12 juin 2012	Annulation	Annulation partielle
			(STJ) 1.214.18 2/DF	Elevadores do Brasil LTDA	16 décembre 2010	Annulation	Annulation partielle

(CADE) 08012.003 299/2006- 21	Acquisition par Cascol Combustíveis para Veículos Ltda des stations-service à Brasília	Station-service	(JFDF) 2001.34. 00.01795 3-6	Agência Nacional do Petróleo (ANP)	30 septembre 2002	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2001.34. 00.01795 3-6	Agência Nacional do Petróleo (ANP)	27 avril 2010	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.007 666/2001- 51	Cession par ABC de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.00047 2-9	Elevadores do Brasil LTDA	5 octobre 2005	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.00047 2-9	Elevadores do Brasil LTDA	29 avril 2008	Annulation	Rejet
			(STJ) 1214182/ DF	Elevadores do Brasil LTDA	15 décembre 2010	Annulation	Annulation partielle
(CADE) 08012.007 117/2001- 86	Cession par Oficina do Elevador de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2001.34. 0003408 5-7	Elevadores do Brasil LTDA	3 novembre 2005	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2001.34. 0003408 5-7	Elevadores do Brasil LTDA	Pas de décision	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.005 583/2002- 16	Cession par Citsul de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.02809 4-0	Elevadores do Brasil LTDA	19 décembre 2007	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.02809 4-0	Elevadores do Brasil LTDA	5 février 2018	Annulation	Rejet

(CADE) 08012.007 900/2001- 40	Cession par Iridium de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.00133 8-9	Elevadores do Brasil LTDA	31 juillet 2006	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.00133 8-9	Elevadores do Brasil LTDA	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.000 412/2002- 92	Cession par Atlântida de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.00381 3-6	Elevadores do Brasil LTDA	24 novembre 2004	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2002.34. 00.00381 3-6	CADE	7 mai 2013	Annulation	Annulation
(CADE) 08012.001 788/2002- 14	Cession par Vitório Viana de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.00682 6-2	Elevadores do Brasil LTDA	3 avril 2003	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.01. 00.02910 4-8	Elevadores do Brasil LTDA	11 septembre 2003	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.002 381/2001- 23	Acquisition par l'Alliance Capital Management SA des actifs de BCN	Services financiers	(JFDF) 2002.34. 00.03347 5-0	Banco Bradesco AS et Banco BCN SA	14 juillet 2003	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2002.34. 00.03347 5-0	CADE	29 août 2007	Annulation	Annulation
			(STJ) 1094218- DF	Banco Bradesco AS et Banco BCN SA	24 octobre 2011	Annulation	Annulation

			(STF) 664189	CADE	9 juin 2014	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.007 585/2002- 31	Cession par Juliju Particip de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.03631 1-0	Elevadores do Brasil LTDA	16 septembre 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.03631 1-0	Elevadores do Brasil LTDA	11 septembre 2012	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.007 584/2002- 97	Cession par Guanato de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Mercado Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.03631 0-6	Elevadores do Brasil LTDA	15 octobre 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.03631 0-6	Elevadores do Brasil LTDA	8 septembre 2009	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.008 480/2002- 08	Cession par Elatus de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.03765 4-8	Elevadores do Brasil LTDA	12 mai 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.03765 4-8	Elevadores do Brasil LTDA	5 juin 2012	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.009 278/2002- 95	Cession par ATREEL de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2003.34. 00.00157 9-0	Elevadores do Brasil LTDA	30 septembre 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.00157 9-0	Elevadores do Brasil LTDA	16 avril 2013	Annulation	Rejet

(CADE) 08012.001 228/2002- 60	Cession par Vertical de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2002.34. 00.00398 1-0	Elevadores Otis Ltda	14 septembre 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2002.34. 00.00398 1-0	Elevadores Otis Ltda	31 août 2009	Annulation	Rejet
			(STJ) 1189177	Elevadores Otis Ltda	16 février 2016	Annulation	Annulation partielle
(CADE) 08012.005 226/2000- 88	Acquisition par CVRD des actifs de Ferteco Mineração SA ou cessation des contrats avec Companhia Siderúrgica Nacional- CSN	Service financier et de la sécurité sociale	(JFDF) 2003.34. 00.01858 7-1	Companhia Vale do Rio Doce	18 juillet 2008	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.01858 7-1	Companhia Vale do Rio Doce	25 juin 2013	Annulation	Annulation
			(STJ) 1793	CADE	23 septembre 2008	Annulation	Annulation
			(STF) 5780	Companhia Vale do Rio Doce	15 janvier 2008	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.003 390/2003- 01	Cession par Vipe de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2003.34. 00.01416 2-7	Elevadores do Brasil LTDA	29 juin 2007	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.01416 2-7*	Elevadores do Brasil LTDA	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE)	Cession par Nacional Assistência Técnica e Comércio de la	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2003.34. 00.02469 8-5	Elevadores do Brasil LTDA	5 août 2005	Annulation	Rejet

08012.004 834/2003- 18	prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda		(TRF1) 2003.34. 00.02469 8-5	Elevadores do Brasil LTDA	21 août 2012	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.005 042/2003- 61	Cession par Elite Comércio de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2003.34. 00.02469 7-1	Elevadores do Brasil LTDA	30 septembre 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.02469 7-1	Elevadores do Brasil LTDA	10 mars 2008	Annulation	Rejet
			(STJ) 1123795/ DF	Elevadores do Brasil LTDA	27 septembre 2010	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.007 992/2003- 20	Cession par Sito de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2003.34. 00.03491 0-9	Elevadores do Brasil LTDA	31 mai 2007	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.03491 0-9	Elevadores do Brasil LTDA	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 53500.006 567/2001	Acquisition par Star One de la participation sociétaire de l'Alcatel Spacecom	Services d'informatique et télécommunications	(JFDF) 2003.34. 00.03520 3-5	Star One S/A	19 novembre 2003	Sursis d'exécution	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.03520 3-5	Star One S/A	19 octobre 2007	Sursis d'exécution	Rejet
			(STJ) 1163560/ RJ	Sindialimentação	9 juin 2012	Annulation	Rejet

(CADE) 08012.006 915/2003- 52	Cession par Nacional Ltda de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2003.34. 00.03619 9-0	Elevadores do Brasil LTDA	23 novembre 2006	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2003.34. 00.03619 9-0	Elevadores do Brasil LTDA	13 février 2015	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.000 108/2004- 15	Cession par Attel de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2004.34. 00.00033 7-1	Elevadores do Brasil LTDA	28 septembre 2007	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2004.34. 00.00033 7-1	Elevadores do Brasil LTDA	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.000 111/2004- 21	Cession par Laurentina & Santos de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2004.34. 00.00328 8-0	Elevadores do Brasil LTDA	21 février 2005	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2004.34. 00.00328 8-0	CADE	30 octobre 2012	Annulation	Annulation
(CADE) 08012.000 109/2004- 51	Cession par Elecon Praia Grande de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2004.34. 00.00328 4-5	Elevadores do Brasil LTDA	20 avril 2005	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2004.34. 00.00328 4-5	Elevadores do Brasil LTDA	13 novembre 2012	Annulation	Rejet

(CADE) 08012.000 112/2004- 75	Cession par Triânglo de la prestation de services d'assistance d'ascenseurs à Elevadores do Brasil Ltda	Assistance technique d'ascenseurs	(JFDF) 2004.34. 00.00328 6-2	Elevadores do Brasil LTDA	15 octobre 2004	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2004.34. 00.00328 6-2	Elevadores do Brasil LTDA	5 mars 2013	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.002 172/2004- 22	Fusion entre AmBev et Interbrew	Boissons alcoolisées	(JFSP) 2005.61. 00.02550 6-2	Associação dos Distribuidores dos produtos AMBEV do Estado de São Paulo e Região Sudeste (ADISC)	25 septembre 2008	Annulation	Rejet
			(TRF3) 2005.61. 00.02550 6-3	ADISC	16 août 2012	Annulation	Rejet
			(STJ) 1390648/ SP	ADISC	25 octobre 2013	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.001 697/2002- 89	Acquisition par Nestlé de la Garoto	Marché du chocolat	(JFDF) 2005.34. 00.01504 2-8	Nestlé Brasil Ltda. et Chocolates Garoto S/A	16 mars 2007	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2005.34. 00.01504 2-8	CADE	28 août 2018	Annulation	Annulation partielle
(CADE) 53500.006 805/2005	Acquisition par SVM de l'Évora appartenant à Francônia	Marché électronique	(JFDF) 2005.34. 00.00552 6-7	SVM Participações e Empreendimentos Ltda	27 juillet 2005	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2005.34.	CADE	18 juin 2013	Annulation	Annulation

			00.00552 6-7				
(CADE) 53500.000 180/2004	Seda entre Stratus, Inter Capital et Artesia pour Neovia	Fabrication et vente de semi- conducteur et de hardware	(JFDF) 2005.34. 00.01529 6-0	Intel Capital Corporation Telecomunicações AS, Fundo de Investimentos em Empresas Emergentes Stratus et Neovia Telecomunicações AS	31 janvier 2006	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2005.34. 00.01529 6-0	Intel Capital Corporation Telecomunicações AS, Fundo de Investimentos em Empresas Emergentes Stratus et Neovia Telecomunicações AS	9 septembre 2013	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.010 784/2004- 99	Acquisition par Votorantim de la Sucorrico	Jus d'orange	(JFDF) 2005.34. 00.02268 7-4	Votorantim Investimentos Industriais S/A	9 décembre 2009	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2005.34. 00.02268 7-4	Votorantim Investimentos Industriais S/A	21 juillet 2011*	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.000 777/2005- 60	Acquisition par Bemis de la DT Participações, holding de Dixie Toga SA	Fabrication et vente d'emballage et d'étiquette	(JFDF) 2005.34. 00.02737 5-3	Bemis Company Inc.	12 septembre 2005-19 juin 2008	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2005.34.	CADE	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale

			00.02737 5-3				
(CADE) 08012.001 015/2004- 08	<i>Joint venture</i> entre White Martins et Gaspetro	Pétrole et gaz naturel	(JFDF) 2007.34. 00.00524 5-0	Consortio Gemini et Gemini Comercialização e Logística de Gás Ltda	30 mars 2007	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2008.01. 00.00890 4-5	CADE	27 février 2012	Annulation	Rejet
			(STJ) 87540	CADE	11 octobre 2012	Annulation	Rejet
			(STF) 721.398	CADE	20 novembre 2012	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.002 004/2006- 07	Acquisition par l'Advent et Dufry de la Brasif, l'Emac et l'Iperco	Vente au détail de produits importés	(JFDF) 2007.34. 00.02393 7-4	Dufry do Brasil Duty Free Shp Ltda	17 juin 2009	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2007.34. 00.02393 7-4	Dufry do Brasil Duty Free Shp Ltda	20 mai 2015	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.003 267/2007- 14	Acquisition par GTI de la VRG et l'UPV	Aviation civile	(JFDF) 2007.34. 00.03019 5-5	Ministério Público Federal	27 février 2009	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.003 972/2001- 18	Acquisition des entrepôts par Bompreço de Carrefour Comércio Indústria Ltda	Supermarch é	(JFDF) 2008.34. 00.01436 3-2	Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda	25 juin 2013	Annulation	Annulation partielle
			(TRF1) 2008.34. 00.01436 3-2*	CADE	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale

(CADE) 08012.001 885/2007- 11	Création d'une <i>joint venture</i> entre Owens Corning et Saint Gobain	Fibre de verre	(JFDF) 2008.34. 00.02585 3-9	Owens Corning	21 septembre 2010	Annulation	Annulation partielle
(CADE) 08012.009 419/2004- 31	Acquisition par Geral Concreto des actifs de Holcim	Service de bétonnage	(JFDF) 2008.34. 00.02725 4-3*	Votorantim Cimentos do Brasil AS	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.006 688/2001- 01	Acquisition par CTBC des actifs de NET	Services d'internet	(JFDF) 2008.34. 00.03829 7-5	CTBC Celular SA et Companhia de Telecomunicações do Brasil Central	29 avril 2011	Anulation	Rejet
			(TRF1) 2008.34. 00.03829 7-5	CTBC Celular SA et Companhia de Telecomunicações do Brasil Central	1 <sup>er</sup> octobre 2012	Anulation	Rejet
(CADE) 08012.009 959/2003- 34	Création d'une entreprise commune regroupant les activités de Companhia Brasileira de Distribuição et de Sendas S/A	Supermarchés et commerce de détail	(JFDF) 0034554 97.2008. 4.01.340 0	Companhia Brasileira de Distribuição et SE Supermercados S/A	22 mars 2011	Annulation	Rejet
			(TRF1) 0034554 97.2008. 4.01.340 0	Companhia Brasileira de Distribuição et SE Supermercados S/A	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.010 903/2007- 56	License d'exploitation et d'utilisation par Rossi à CBD	Supermarchés et commerce de détail	(JFDF) 2008.34. 00.03478 2-0	Companhia Brasileira de Distribuição et SE Supermercados Ltda	22 mars 2011	Annulation	Rejet
			(TRF1) 2008.34. 00.03478 2-0	Companhia Brasileira de Distribuição et SE Supermercados Ltda	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale

(CADE) 08012.008 790/2006- 48	Achat par Grupo RBS du journaux A Notícia	Journaux	(JFSC) 2008.72. 00.01404 3-5	Ministério Público Federal	21 mars 2011	Annulation	Rejet
			(TRF4) 5001303- 26.2012. 4.04.720 0	Ministério Público Federal	14 novembre 2018	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.003 330/2008- 95	Acquisition par Votorantim des actifs de la Mineração	Exploitation minière	(JFDF) 2009.34. 00.02940 7-0	Votorantim Cimentos do Brasil AS	17 février 2011	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2009.34. 00.02940 7-0*	CADE	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.014 612/2007- 37	Acquisition par Votorantim des actifs de la Pedreira	Exploitation minière	(JFDF) 2009.34. 00.02940 5-2	Votorantim Cimentos do Brasil AS	3 juillet 2012	Annulation	Annulation
			(TRF1) 2009.34. 00.02940 5-2	CADE	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.000 208/2009- 48	Acquisition par BRINK's de la Sebival et de la SETAL	Sécurité des banques	(JFDF) 19054- 20.2010. 4.01.340 0	Brink's Segurança e Transporte de valores Ltda	10 juin 2013	Annulation	Rejet
(CADE) 08012.002 764/2010- 92	Création d'une entreprise commune regroupant les activités de PDG et Rio Azul	Secteur Immobilier	(JFDF) 47476- 05.2010. 4.01.340 0	PDG Reality SA Empreendimentos e Participações ; Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda,	25 février 2013	Changement de la restriction géographique proposé par CADE	Changement de la restriction

				Toulouse Construtora Ltda, Jet Casa Industrial Ltda, Kit Casa Industrial Ltda, Renato Arantes, Fernanda Cury Arantes Rubio et Cristina Cury Arantes Bergamaschi			
			(TRF1) 0047476-05.2010.4.01.3400	CADE	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 53500.012 487/2007	Acquisition par Telco de la Telecom Italia	Télécommunications	(JFDF) 45942-84.2014.4.01.3400*	Telefónica S/A	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 53500.021 373/2010	Acquisition par Telefónica des actifs de la Brasilcel	Télécommunications	(JFDF) 45942-84.2014.4.01.3400*	Telefônica S/A	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale
(CADE) 08012.009 198/2011-21	Acquisition par Hypermarchés des actifs d'INAL	Sidérurgie	(JFDF) 76306-39.2014.4.01.3400	Companhia Siderúrgica Nacional	23 mars 2017	Annulation	Annulation
			(TRF1) 0076306-39.2014.4.01.3400*	CADE	Pas de décision finale	Annulation	Pas de décision finale

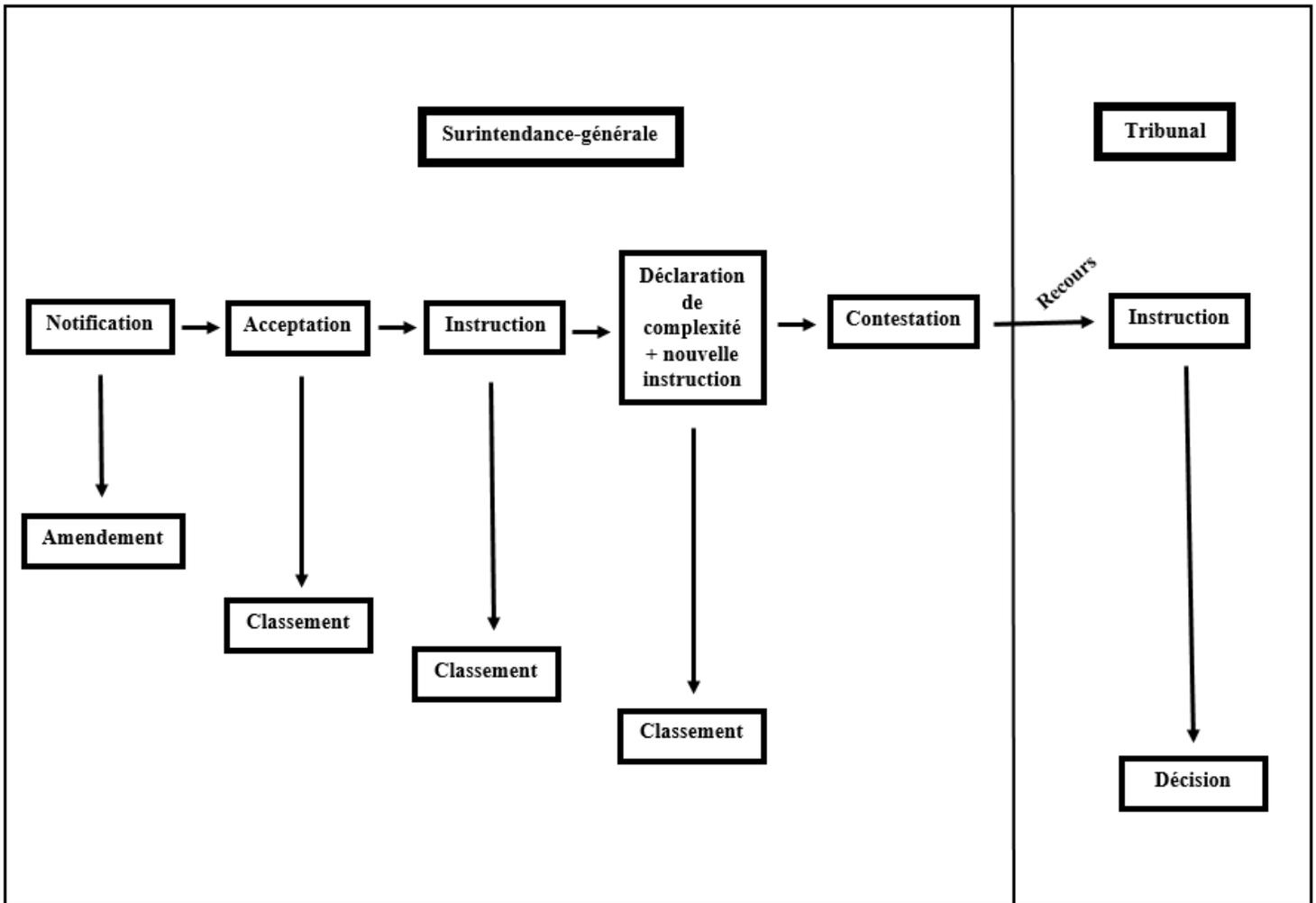
## 2. LA JUDICIARISATION DU CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS AU BRÉSIL PAR ANNÉE

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total	Total Général	(%)	Durée de la procédure
Recours juridictionnels formés	1	4	9	8	6	4	0	3	7	2	2	0	45	0	0	3	1	1	2	7	49		7a 5m 20j
Ratification de la décision du CADE au champ d'application de la l. 8.884/84	0	2	8	8	5	3	0	2	5	0	1	0	34	0	0	0	0	0	0	0	34	73,5	
Ratification de la décision du CADE au champ d'application de la l. 12.529/2011	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	1	3	3		
Annulation de la décision du CADE au champ d'application de la l. 8.884/84	1	2	1	0	1	1	0	1	2	2	1	0	11	0	0	0	1	1	1	3	12	26,5	
Annulation de la décision du CADE au champ d'application de la l. 12.529/2011	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1				1	1		

Quantité des tiers intéressés qui ont été les requérants de la requête	1	1	0	1	1	0	0	1	1	0	0	0	6	0	0	2				2	8	16,3
Quantité des associations qui ont été les requérantes de la requête	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0				0	2	4,1

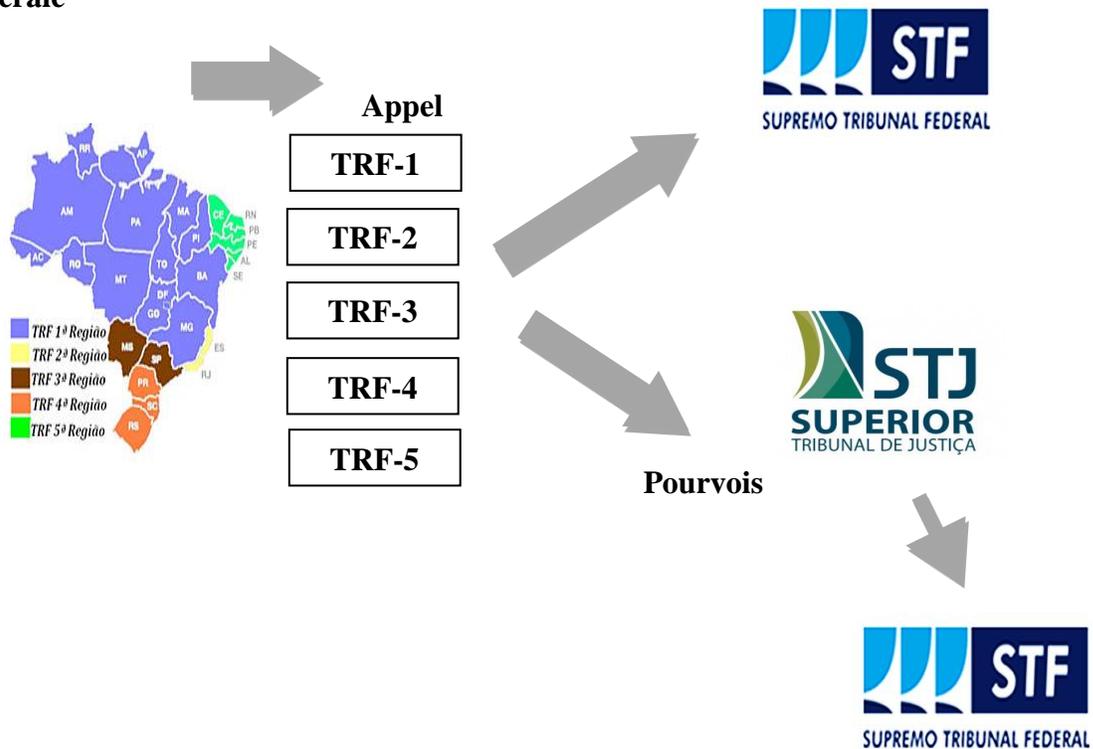
## ANNEXE III – ORGANIGRAMMES

### 1. CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS PAR LE CADE



## 2. SYSTÈME JUDICIAIRE BRÉSILIEN

### Justice Fédérale



## SOURCES OFFICIELLES

### 1. SITES INSTITUTIONNELS

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user>

<http://europa.eu/rapid/press-release>

<http://www.oecd.org/fr/concurrence/fusions>

<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>

<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2004/02/05>

### 2. TEXTES

- **Brésil**

Constitution Fédérale du Brésil.

Loi 4348/64, du 26 juin 1964..

Loi 7.347 du 24 juillet 1985.

Loi 8.078 du 11 septembre 1990.

Loi 8.432/92, du 11 juin 1992.

Loi 75/93, du 20 mai 1993.

Loi 8.884/1994, du 11 juin 1994.

Loi 9.472/97, du 16 juillet 1997.

Loi 9.491 du 9 septembre 1997.

Loi 9.784 du 29 janvier 1999.

Loi 10.233/2001, du 5 juin 2001.

Loi 11.101, du 9 février 2005.

Loi 12.529 du 30 novembre 2011.

Loi 13.105 du 16 mars 2015.

Pourvoir 238/2004.

Pourvoir/Coger 51, du 28 juin 2010 (TRF 1).

Résolution 314 du Conseil de la Justice Fédérale.

Résolution 41/2008 du Conseil de la Justice Fédérale, Brésil.

Résolution 2/2012 du CADE.

Règlement SEAE/SDE N. 50, du 1<sup>o</sup> août 2001.

Règlement d'application n° 28 du CADE, du 24 juillet 2002.

Règlement n° 1, du 29 mai 2012.

Règlement du CADE n° 2, 2012.

Règlement du CADE n° 17, du 18 octobre 2016.

Arrêté interministériel n° 994, du 30 mai 2012.

### 3. JURISPRUDENCE

- **Brésil**

JUSTICE DU TRAVAIL DE SÃO PAULO, 7 octobre 2013, Ministère Public du Travail, affaire 0011506-28.2013.5.15.0081.

JUSTICE DU TRAVAIL DE LA 1ER RÉGION, 8 mars 2013, Ministère Public du Travail/VRG linhas aéreas SA e Webjet Linhas Aéreas SA, affaire 1618/23.

JUSTICE FÉDÉRAL DE LA 1ER RÉGION, 1 février 2017, CACB, affaire 1009784-42.2016.4,01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DE SÃO PAULO, 27 avril 2007, E., affaire 92.0001132-2.

JUSTICE FÉDÉRAL DE SÃO PAULO, 12 septembre 2013, CADE, affaire 0004196-28.2013.4.03.6114.

JUSTICE FÉDÉRAL DE RIO DE JANEIRO, 23 octobre 2012, Camil, Affaire n. 005178576.2012.8.19.0001.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 10 novembre 1999, General Electric Company, Affaire 08012.005572/1999-99.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 29 septembre 2003, Usiminas, affaire 2000.34.00.000087-1.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 3 décembre 2004, Medabil Varco et Pruden S/A, affaire 2002.34.00.021122-9/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 31 mars 2005, Petroquímica Triunfo S/A, affaire 2004.34.00.002698-0.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 20 avril 2005, Cotia Trading S/A, affaire 2001.34.00.007638-4/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 6 mars 2006, Sinpetro, affaire 2005.34.00.012752-0.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 29 janvier 2007, GNL Gemini Comercialização e Logística De Gás Ltda., affaire 2007.34.00.001628-0

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 19 mars 2007, Nestlé et Garoto, affaire 2005.34.00.015042-8/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 11 juin 2007, Dufry do Brasil e Duty Free Shop Ltda, affaire 2007.34.00.024937-4/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 18 juin 2007, Dufry do Brasil e Duty Free Shop Ltda, affaire 2007.34.00.024937-4/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 14 septembre 2007, Nestlé et Garoto, affaire 2005.34.00.015042-8/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 12 novembre 2008, Companhia Vale do Rio Doce, affaire 20063400015624-4.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 28 novembre 2008, Companhia Vale do Rio Doce, affaire 20063400015624-4.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 9 septembre 2009, Brinks Segurança e Transporte de Valores Ltda., affaire 19054-20.2010.4.01.3400/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 29 janvier 2010, Dufry do Brasil e Duty Free Shop Ltda, affaire 2007.34.00.023937-4.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 2 juin 2010, Sara Lee Cafés do Brasil Ltda., affaire 2002.34.00.026152-1/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 8 juillet 2010, Nestlé et Garoto, affaire 2005.34.00.015042-8/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 27 août 2010, Cia Vale do Rio Doce, affaire 2005.34.00.032899-7/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 15 octobre 2010, Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda., affaire 47476-05.2010.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 9 novembre 2010, Ownes Corning, affaire 2008.34.00.025853-9.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 30 mai 2011, CTBC Celular, affaire 2008.34.00.038297-5.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 17 septembre 2012, Lider Taxi Aereo S/A et Air Brasil, affaire 2007.34.00.006541-2/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 25 septembre 2012, Votorantim Cimentos do Brasil S/A, affaire 2009.34.00.029405-2/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 25 février 2013, Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda., affaire 47476-05.2010.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 25 juin 2013, Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda, affaire 2008.34.00.014363-2.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 25 septembre 2013, Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda., affaire 47476-05.2010.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 17 octobre 2013, Bayer/CADE, Affaire n. 0043976-23.2013.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 14 janvier 2014, Sinpetro, affaire 0012731-72.2005.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 10 mars 2014, MSB Participações Ltda.,  
affaire 2000.34.00.030602-6/DF.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, 25 juin 2015 Anhanguera Educacional  
Ltda./CADE , affaire 10902-41.2014.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, pas de décision, État de São Paulo, affaire  
0034286-67.2013.4.01.3400.

JUSTICE FÉDÉRAL DU DISTRITO FEDERAL, pas de décision finale, Telefonica S/A,  
affaire 0045942-84.2014.4.01.3400.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 9 novembre 2005, Ministère Public Fédéral,  
affaire 10.138/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 12 septembre 2007, Companhia Vale do Rio  
Doce, affaire 966.930/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 8 février 2008, État de Pernambuco, affaire  
1.793/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 29 juin 2009, Sonaimeo Empreendimentos  
Comerciais Ltda., affaire 984.249/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 8 juin 2010, CADE, affaire 615.628/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 8 juin 2010, Sindialimentação, affaire  
1163560/RJ.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 20 mai 2011, Tecon Rio Grande SA., affaire  
1181643/RS.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 24 octobre 2011, Banco de Crédito Nacional -  
BCN SA et Banco Bradesco S/A, affaire 1094218.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 21 mars 2012, Usiminas, affaire 1287092/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 4 mai 2012, MSB Participações S/A, affaire 97.044/DF.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 6 novembre 2012, CADE, affaire 1208887 / SP.

SUPÉRIEUR TRIBUNAL DE JUSTICE, 30 mars 2016, Milka Filvana Gonçalves Machado, Affaire n. 1.304.736/RS, affaire 1208887 / SP.

SUPRÊME TRIBUNAL FÉDÉRAL, 5 mars 2004, Alberto Cursino Moreira Filho, affaire 24.536/DF.

SUPRÊME TRIBUNAL FÉDÉRAL, 20 août 2014, CADE, affaire 627709/DF

SUPRÊME TRIBUNAL FÉDÉRAL, 1 février 2008, Companhia Vale do Rio Doce, affaire 5.780/DF.

SUPRÊME TRIBUNAL FÉDÉRAL, 25 juin 2009, IDELOS, affaire 4556/DF

SUPRÊME TRIBUNAL FÉDÉRAL, 5 octobre 2010, INSS, affaire 549055/SP

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA DEUXIÈME RÉGION, 14 novembre 2013, OAB, affaire 0018060-45.2013.4.03.0000/SP.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 2 juin 2006, Itapisserra Mineração SA, Affaire. 2006.01.00.002124-30.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 30 août 2012, Dow Agrosciences Industrial Ltda., affaire n. 0011384-96.2008.4.01.3400 / DF.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 26 mars 2013, Ryder Truck Rental, Affaire n. 0003834-60.2002.4.01.3400/DF.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 4 août 2013,

MAHLE METAL LEVE S/A, Affaire n. 2003.34.00.010805-0/DF.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 12 août 2013, État de São Paulo, affaire 0045454-81.2013.4.01.0000/DF.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 25 septembre 2013, Bayer S/A, affaire 0057428-18.2013.4.01.0000/DF.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA PREMIÈRE RÉGION, 20 juin 2014, GNL, affaire 2007.34.00.005245-0/DF.

TRIBUNAL RÉGIONAL FÉDÉRAL DE LA TROISIÈME RÉGION, 1 mars 2012, Ambev São Paulo, affaire 2005.61.00.025506-2/SP.

- **Union européenne**

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 28 octobre 1993, Zunis Holding e.a. / Commission, T-83/92.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 15 juillet 1994, Matra Hachette Hachette / Commission, T-17/93.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 27 avril 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e.a. / Commission, T-96/92.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 27 avril 1995, CCE de Vittel e.a. / Commission, T-12/93.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 12 juillet 1996, Sogecable / Commission, T-52/96 R.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 2

octobre 1997, Eurocoton e.a. / Conseil, T- 213/97 R.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 25 mars 1999, Gencor / Commission, T-102/96.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 20 décembre 2001, Österreichische Postsparkasse / Commission, T-213/01 R.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 20 décembre 2001, Bank für Arbeit und Wirtschaft / Commission, T-214/01 R.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 11 mars 2002, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a. / Commission , T-3/02.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 6 juin 2002, Airtours / Commission, T-342/99.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 11 juillet 2002, Lormines / Commission, T-107/01.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 22 octobre 2002, Schneider Electric / Commission, T 77/02.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 20 novembre 2002, Lagardère et Canal + / Commission, T-251/00.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 3 avril 2003, Petrolessence et SG2R / Commission, T-342/00.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 3 avril 2003, Royal Philips Electronics / Commission, T-119/02.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 3 avril 2003, BaByliss/ Commission, T-114/02.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland Company et Archer Daniels Midland Ingredients / Commission, T-224/00.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 30 septembre 2003, Cableuropa e.a. / Commission, T-346/02 et T-347/02.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 21 septembre 2005, EDP / Commission, T-87/05.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 14 décembre 2005, General Electric / Commission, T-210/01.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 31 janvier 2006, Schneider Electric / Commission, T-48/03.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 18 septembre 2006, Wirtschaftskammer Kärnten et best connect Ampere Strompool / Commission, T-350/03.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 11 juillet 2007, Schneider Electric / Commission, T-351/03.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 12 septembre 2007, Commission / Trends e.a., T-448/04.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 18 mars 2008, Aer Lingus Group / Commission, T-411/07.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 9 septembre 2008, My Travel / Commission, T-213/03.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 9 septembre 2008, My Travel / Commission, T-403/05.

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 7 mai 2009, NVV e.a. / Commission, T-151/05.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 13 septembre 2010, Éditions Odile Jacob / Commission, T-279/04.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 16 juin 2011, Bavaria / Commission, T-235/07.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 12 octobre 2011, Association Belge des Consommateurs tests-achats / Commission, T- 224/10.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 8 novembre 2011, Indromachinne e.a. / Commission, T- 88/09.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 11 mars 2013, Pilkington Group / Commission, T-462/12 R.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 11 décembre 2013, Cisco Systems et Messagenet / Commission, T-79/12.

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE, 26 octobre 2017, Marine / Commission, T-704/14.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES , 21 février 1973, Europemballage et Continental Can / Commission, 6/72.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES , 25 octobre 1977, Metro / Commission, 26/76.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 14 février 1978, United Brands / Commission, C-27/76.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 6 mars 1979, Simmenthal / Commission, C-92/78.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 11 novembre 1981, IBM / Commission, C-60/81.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 24 juin 1986, Akzo Chemie / Commission, C-53/85.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 26 avril 1988, Apesco / Commission, C-207/86.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 13 juin 1991, Sunzest / Commission, C-50/90.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 3 juillet 1991, Akzo / Commission, C-62/86.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 11 janvier 1996, Zunist Holding e.a. / Commission, C-480/93 P.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 31 mars 1998, France e.a. / Commission, C-68/94 et C-30/95.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 15 octobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. / Commission, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 à C-252/99 P et C-254/99.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 15 février 2005, Commission / Tetra Laval, C-12/03 P.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 31 mai 2005, Syfait e. a., C-53/03.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 9 mars 2007, Schneider Electric / Commission, C188/06 P.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 10 juillet 2008,

Bertelsmann et Sony Corporation of America / Impala, C-413/06 P.

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 16 juillet 2009,  
Commission / Schneider Electric, C-440/07 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 2 décembre 2009, Commission /  
Irlande e.a., C-89/08-P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 9 juin 2010, Commission / Schneider  
Electric, C-440/07 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 28 juin 2012, Commission / Éditions  
Odile Jacob, C-404/10 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 28 juin 2012, Commission / Agrofert  
Holding, C-477/10 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 6 novembre 2012, Commission /  
Éditions Odile Jacob, C-553/10 P et Lagardère / Éditions Odile Jacob, C-554/10 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 14 novembre 2013, LPN et Finlande  
/ Commission, C-514/11.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 6 juin 2013, Donau Chemie e.a., C-  
536/11.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 27 février 2014, Commission /  
EnBW, C-365/12 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 3 juillet 2014, Electrabel /  
Commission, C-84/13 P.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 31 mai 2018, Ernst & Young, C-  
633/16.

COMMISSION EUROPÉENNE, 14 décembre 1993, Kali / Salz e. a., IV/M.308.

COMMISSION EUROPÉENNE, 22 mai 2007, Universal/BMG Music Publishing, COMP/M.4404.

COMMISSION EUROPÉENNE, 10 février 2013, Carnival Corporation / P&O Princess II, COMP/M.3071

- **France**

CONSEIL D'ÉTAT, 22 mai 1985, Cabot, 61847.

CONSEIL D'ÉTAT, 11 décembre 1998, Société M6, 187710.

CONSEIL D'ÉTAT, 9 avril 1999, INTERBREW, 191654.

CONSEIL D'ÉTAT, 9 avril 1999, The Coca- Cola CO, 201853.

CONSEIL D'ÉTAT, 28 juillet 1999, Emap France, 196859.

CONSEIL D'ÉTAT, 10 décembre 1999, Confidentiel, 192453.

CONSEIL D'ÉTAT, 31 mai 2000, Koramic-Building-Products, 211871.

CONSEIL D'ÉTAT, 6 octobre 2000, Pernord-Ricard, 216645.

CONSEIL D'ÉTAT, 9 mai 2001, Société Anonyme Chep France, 231320.

CONSEIL D'ÉTAT, 9 juillet 2003, Société Générale de Brasserie (Sogebra), 248828.

CONSEIL D'ÉTAT, 6 février 2004, Halla, 240560.

CONSEIL D'ÉTAT, 6 février 2004, Société Royal Philips Electronic, 249267.

CONSEIL D'ÉTAT, 20 juillet 2005, Fiducial Informatique et Fiducial Expertise, 279180.

CONSEIL D'ÉTAT, 29 mars 2006, Commune d'Antibes, 280194.

CONSEIL D'ÉTAT, 1<sup>er</sup> juin 2006, Fromaget Vins, 293198.

CONSEIL D'ÉTAT, 31 janvier 2007, France Antilles, 294896.

CONSEIL D'ÉTAT, 27 juin 2007, M6, 278652.

CONSEIL D'ÉTAT, 18 février 2008, Fédération Nationale des Transports Routiers, 312534.

CONSEIL D'ÉTAT, 26 mai 2010, Mr. Bricolage, 338596.

CONSEIL D'ÉTAT, 26 mai 2010, Bouygues Telecom, 313764.

CONSEIL D'ÉTAT', 22 octobre 2012, Groupe Canal Plus, 362346.

CONSEIL D'ÉTAT, 21 décembre 2012, Groupe Canal Plus, 362347, Société Parabole Réunion, 363542 et Société Numéricable, 363703.

CONSEIL D'ÉTAT, 24 juin 2013, Colruyt France et Établissements FR Colruyt, 360949.

CONSEIL D'ÉTAT, 10 octobre 2014, Syndicat National des isolants en laines minérales manufacturées, 367807.

CONSEIL D'ÉTAT, 15 avril 2016, Copagef, 375658.

CONSEIL D'ÉTAT, 30 octobre 2017, Fnac/Darty, 414655.

CONSEIL D'ÉTAT, 30 octobre 2017, Terrada e.a., 414890.

#### 4. RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS

- **Organisations internationales**

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, « Investigative Techniques Handbook for Merger Review », Chapitre 4. Révisé en 2013.

OCDE et IDB, « Competition Law and Policy in Brazil – a peer review », 2010.

OCDE, « Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law », compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993. Disponible sur : <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> (accédé en mai 2019).

OCDE, « Manuel pour l'évaluation de la concurrence », 2011, v. II. Disponible sur : <http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/46891475.pdf> (accédé en mai 2019).

CNUCED, « Importance de la cohérence entre la politique de concurrence et les autres politiques publiques », Distr. Générale, 10 mai 2011. Disponible sur : [https://unctad.org/fr/Docs/ciclpd9\\_fr.pdf](https://unctad.org/fr/Docs/ciclpd9_fr.pdf) (accédé en mai 2019).

## BIBLIOGRAPHIE

### 1. EN LANGUE PORTUGAISE (BRÉSIL)

- **Ouvrages**

A. BADIN, *Controle judicial das políticas públicas- contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*, São Paulo, Malheiros, 2013.

A. CASTELAR (dir.), *Judiciário e economia no Brasil*, Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

A. C. CINTRA; A. P. GRINOVER; et C. R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 30<sup>e</sup> ed., 2014.

A. FRAZAO, *Direito da concorrência – pressupostos e perspectivas*, São Paulo, Saraiva, 2017.

A. MENDES, *Competência cível da justiça federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

A. VENANCIO FILHO, *Intervenção do Estado no domínio econômico - O direito público econômico no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

B. M. SHIEBER, *Abusos de poder econômico : direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*, São Paulo, RT, 1966.

C. A. SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo, Malheiros, 2014.

C. CAMPILONGO, J. P. ROCHA et P. MATTOS (dir.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo, Max Limonad, 2002.

C. SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, São Paulo, Malheiros, 5<sup>o</sup> ed., 2019.

C. TASSINARI, *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013

D. GOLDBERG, *Poder de compra e política antitruste*, São Paulo, Singular, 2006.

E. C. ANDERS; L. PAGOTTO; et V. BAGNOLI (dir.), *Comentários à nova lei de defesa da concorrência*, São Paulo, Método, 2012.

F. COELHO, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 22<sup>o</sup> ed, 2018, v. 3.

E. JORDÃO, *Controle judicial de uma administração pública complexa – a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*, São Paulo, Malheiros, 2016.

F. A. OLIVEIRA JUNIOR, *A Teoria da failing firm e sua aplicação no Brasil*, Salvador, Editora Juspodium, 2016.

F. COMPARATO et C. SALOMAO FILHO, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 6<sup>o</sup> ed., 2014.

F. DIDIER JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador, Jus Podium, 21<sup>o</sup> ed., 2019.

F. MARQUES, *Direito internacional da concorrência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

G. GOÉS, *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*, São Paulo, Saraiva, 2004.

G. OLIVEIRA et J. G. RODAS, *Direito e economia da concorrência*, São Paulo, RT, 2<sup>o</sup> ed., 2013.

I. VAZ, *Direito econômico da concorrência*, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

J. B. L. FONSECA, *Lei de proteção da concorrência - comentários à legislação antitruste*,

Rio de Janeiro, Forense, 3<sup>e</sup> ed., 2007.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 7<sup>e</sup> ed., 2018.

J. LOBO, *Direito dos acionistas*, São Paulo, Elsevier, 2011.

L. CORDOVIL et al., *Nova lei de defesa da concorrência comentada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

L. MARINONI et S. ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5<sup>e</sup> ed., 2006.

M. BANDEIRA, *Cartéis e desnacionalização: a experiência brasileira – 1964-1974*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1979.

M. C. ANDRADE, *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*, São Paulo, Singular, 2002.

M. FRIEDMAN, *Capitalismo e liberdade*, São Paulo, LTC, 2014.

M. NOVELINO, *Direito Constitucional*, São Paulo, Método, 2012.

P. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 10<sup>e</sup> ed., 2018.

P. MIRANDA, *Tratado de direito privado – Tomo XVII, Propriedade industrial*, São Paulo, Bookseller, 2002.

V. CARVALHO (dir.), *A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*, São Paulo, Singular, 2015.

- **Articles**

A. AVERBUG, « Abertura e Integração Comercial Brasileira na Década de 90 », in GIAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (dir.), *A economia brasileira nos anos 90*, Rio de Janeiro, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999, p. 43-82.

A. BADIN, « Balanço das atividades da Procuradoria do CADE no biênio 2006/2007 », *Revista de Direito da Concorrência*, n° 15, 2007, p. 11-145.

A. CRISTO, « Só Tribunais deveriam rever julgamentos do Cade », *Consultor Jurídico*, 5 mai 2010. Disponible sur : <https://www.conjur.com.br/2010-mai-05/somente-tribunais-deveriam-rever-julgamentos-cade-gilmar-mendes> (accédé en mai 2019).

A. F. Z. AZEVEDO et M. S. PORTUGAL, « Abertura comercial brasileira e instabilidade da demanda das importações », *Nova Economia*, v. 8, n. 1, jul. 1998, p. 37-63.

A. MARTINS, « Gun Jumping, controle prévio de estruturas e o CADE », *Revista do IBRAC*, v. 22, 2012, p. 57-79.

A. P. GRINOVER, « As raízes brasileiras do moderno processo civil brasileiro », I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil, août 2014. Disponible sur : <http://www.direitoprocessual.org.br> (accédé en octobre 2014).

C. A. SUNDFELD, « A função administrativa no controle dos atos de concentração », *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, n. 2, abr 2003, p. 145-162.

C. E. J. RAGAZZO, « Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência », *Revista de Direito da Concorrência*, n. 6, 2005, p. 13-26.

D. C. CRAVO, « Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do Cade ou competência exclusiva do juízo falimentar? ». *Revista Jurídica Lex*, v. 56, 2012, p. 178-201.

E. FARINA, « Política antitruste: a experiência brasileira », Anais do XVIII Encontro Nacional de Economia, Brasília, ANPEC, 1990.

E. MODIANO, « Um balanço da privatização nos anos 90 », in A. C. PINHEIRO et K. FUKASAKU (dir.), *A privatização no Brasil : o caso dos serviços de utilidade pública*, Rio de Janeiro, BNDES-OCDE, 2000, p. 321-327.

G. ARAUJO, « Aspecto estrutural: varas especializadas ou competência originária de Tribunais. Qual a melhor solução para o Brasil », Seminário os desafios da judicialização da defesa da concorrência, da regulação e do comércio internacional, Conselho Justiça Federal, 2017. Disponible sur : <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-os-desafios-da-judicializacao-da-defesa-da-concorrenca-da-regulacao-e-do-comercio-internacional/@@download/arquivo> (accédé en mai 2019).

G. DUPAS, « A lógica da economia global e a exclusão social », Estudos Avançados, v. 12, n. 34, 1998, p. 121-159.

G. OLIVEIRA, « Avanços e desafios da defesa da concorrência no Mercosul », Informativo Mercosul, v. 4, 1997, p. 19-21.

\_\_\_\_\_, « Defesa da concorrência e relançamento do Mercosul », Folha de São Paulo, 2 septembre 2000. Disponible sur : <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0209200006.htm> (accédé en mai 2019).

G. V. C. ARAÚJO, « A lei 12.529/11 : nova lei do CADE », Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal, ano 4, n. 24, Distrito Federal, aout. 2012. Disponible à l'url: [http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo\\_Gilvandro1.html](http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/agosto12/artigo_Gilvandro1.html).

J. E. M. TEIXEIRA, « O controle judicial das decisões do CADE », Revista do IBRAC, v. 12, n. 6, 2005, p. 173-188.

L. H. SALGADO, « Política da concorrência: tendências recentes e o estado da arte no

Brasil », IPEA, n. 385, 1995. Disponible sur : [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0385.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0385.pdf) (accédé en mai 2019).

L. R. BARROSO, « Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática », (Syn)Thesis, v. 5, 2012, p. 23-32.

L.R.C. CREUZ, « Há novos ventos na Defesa da Concorrência no Mercosul », Consultor Jurídico, 15 septembre 2011. Disponible sur : <https://www.conjur.com.br/2011-set-15/novos-ventos-defesa-concorrencia-ambito-mercosul> (accédé en mai 2019).

O. SAMPAIO et J. MAGALHÃES, « A concentração das empresas e a competência do CADE », RIJ, ano 35, n. 140, 1998, p. 109-121.

P. LUCON, « Devido processo legal substancial », Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, v. 1, n. 2, 2002, p. 239-260.

P. YOKOTA, « O problema da concentração econômica », Carta Capital, 26 mai 2014. Disponible sur : <http://www.cartacapital.com.br/economia/o-problema-da-concentracao-economica-1363.html> (accédé en mai 2014).

R. CASTRO, « A responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na análise dos atos de concentração », Revista Magiser de Direito Empresarial, v. 44, 2012, p. 25-50.

R. TUMA. « Sobre o monopólio natural e o modelo competitivo no setor elétrico brasileiro », IFE 1585, IE-UFRJ, 2005. Disponible sur : <http://www.provedor.nuca.ie.ufrj.br/eletrobras/artigos/tuma2.htm> (accédé en mai 2019).

S. CAMPINHO, « Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do CADE », in G. G. BRUSCHI et al. (dir.), *Direito Processual empresarial: estudos em Homenagem a Manoel de Queiroz Pereira Calças*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 893-908.

T. S. FERRAZ JUNIOR, « Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional », Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, v. 2, 1992, p. 65-74.

\_\_\_\_\_, « A concentração econômica e a fiscalização administrativa (entendimento do artigo 74 da Lei nº 4.137/62 segundo a redação do art 13 da Lei nº 8.158/91) », Revista de Direito Administrativo, vol. 193, 1993, p. 65-78.

\_\_\_\_\_, « Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração », Revista do IBRAC, v. 5, n. 2, 1998, p. 7-16.

\_\_\_\_\_; J. MARANHÃO; et P. AZEVEDO (dir.), « Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública », Relatório Final de Pesquisa, Universidade de São Paulo et Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponible sur : [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_usp\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf) (accédé en mai 2019).

## 2. EN LANGUE FRANÇAISE (UNION EUROPÉENNE ET FRANCE)

- **Ouvrages**

A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

A. DECOQ et G. DECOQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'union européenne*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> ed., 2012.

A. DELLAC, *Le rôle du juge en matière de contrôle de concentrations*, Paris, Éditions Le Manuscrit, 2005.

A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2008.

A. WINCKLER et F. BRUNET (dir.), *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, Bruxelles, De Boeck Université, 1998.

B. MARIS, *Antimanuel d'économie*, Paris, Bréal, 2003.

DEMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992.

D. ENCAOUA et R. GUESNERIE (dir.), *Politiques de la concurrence*, Paris, La Documentation française, 2006.

D. KATZ, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2004.

D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 2001.

E. COMBE, *Économie et politique de concurrence*, Paris, Dalloz, 1<sup>er</sup> ed., 2005.

F. BLANC, *Les engagements dans le droit français des concentrations*, Paris, LGDJ, 2015.

G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006.

G. ECKERT, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2001.

G. VALLINDAS, *Droit européen des concentrations*, Bruxelles, Bruylant, 1<sup>er</sup> ed., 2017.

J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Le Seuil, 2005.

J.B. BLAISE et R. DESGORCES, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, Paris, LGDJ, 9<sup>e</sup> ed., 2017.

J.-M. COT et J-P. LA LAURENCIE, *Le contrôle français des concentrations*, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> ed., 2003.

J. PIASECKI, *L'office du juge administratif des référés: entre mutations et continuité jurisprudentielle*, Sarrebruck, Éditions Universitaires Européennes, 2010.

J. RIDEAU, *Droit institutionnel de L'Union européenne*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> ed., 2010.

J. RIVERO et J. WALINE, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 21<sup>e</sup> ed., 2006.

J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007.

L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentrations économique*, Paris, Économica, 1988.

\_\_\_\_\_, *Droit de la concurrence européen et français*, Traité de Droit Économique, Bruxelles, Bruylant, 2<sup>e</sup> ed., 2018.

\_\_\_\_\_, *Du droit commercial au droit économique*, Paris, LGDJ, 20<sup>e</sup> ed., 2016.

M. WAELBROECK et A. FRIGNANI, *Le droit de la concurrence : commentaire J. Mégret*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2<sup>e</sup> ed., 1997.

N. CHARBIT, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, Paris, L'Harmattan, 2002.

N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, PGDJ, 2<sup>e</sup> ed., 2018.

P. HUGON (dir.), *Analyse comparative des processus d'intégration économique régionale*, Paris, Direction Générale de la coopération internationale et du développement, 2001.

P. SILVEIRA, *Le contrôle des concentrations économiques : l'expérience européenne et l'avenir du Mercosul*, Paris, L'Harmattan, 2010.

\_\_\_\_\_, *Le contrôle des concentrations transnationales*, Paris, L'Harmattan, 2013.

T. VANDEVELD, *Les moyens d'action des consommateurs face aux pratiques commerciales abusives (Études de Droit Comparé)*, Genève, Librairie Droz, 1979.

- **Articles**

A-L. SIBONY et E. BARBIER DE LA SERRE, « Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence: pour un changement de perspective », *RTD eur.* 43 (2), avr.-juin 2007, p. 205-252.

A. MARCHAL, « Progrès Technique et concurrence dans la communauté économique européenne », *Revue Économique*, v. 12, n. 6, 1961, p. 849-875.

A. PIROVANO, « La concurrence déloyale en droit français », *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 26, n. 3, 1974, p. 467-504.

A. RONZANO, « Contrôle des concentrations : le juge des référés du Conseil d'État rejette, pour défaut d'urgence, la demande de suspension de l'exécution de la décision n° 13-DCC-

101 du 26 juillet 2013 par laquelle l’Autorité de la concurrence a autorisé l’acquisition d’actifs d’Imerys TC par Bouyer-Leroux dans le secteur des briques de murs et des briques de cloisons sous réserve du respect d’engagements (Wienerberger) », *Revue Concurrences*, n° 1, 2014.

B. LASSERE, « Trois ans de contrôle des concentrations par l’Autorité de la concurrence: bilan et perspectives », *Revue Concurrences*, n° 3, 2012, p. 47-54.

\_\_\_\_\_, « Le rôle de l’autorité de concurrence en matière de détermination des remèdes et engagements concentrations », *Revue Concurrences*, n° 2, 2009, p. 7.

C. BABUSIAUX, « La répression et le contrôle administratif de la régulation concurrentielle », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris, Dalloz, 1997.

C. CHAMPAUD, « Caractères du droit de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence Consommation*, fasc. 30, 1991, p. 25 et s.

C. LEMAIRE, « Droit d’évocation du Ministre en France et Droit Européen », *Revue Concurrences*, n. 1, 2014.

\_\_\_\_\_, « La protection du secret des affaires devant le Conseil de la concurrence: une évolution bienvenue », *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, n° 4, 2006, p. 191-201.

C. VILMART, « Le transfert du contrôle des concentrations à l’Autorité de la concurrence », *Revue contrats concurrence consommation*, n° 2, 2009, p. 3-5.

D. GERADIN et N. PETIT, « Droit de la concurrence et recours en annulation à l’ère postmodernisation », *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 06/05*. Disponible sur : [https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/gclc\\_wp\\_06-05.pdf?file=1&type=node&id=8665&force=](https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/gclc_wp_06-05.pdf?file=1&type=node&id=8665&force=) (accédé en mai 2019).

D. WAELBROECK, « Le juge communautaire en matière de concentrations », *Revue*

Concurrences, n° 4, 2005, p. 1-2.

\_\_\_\_\_, « Vers une harmonisation minimale des règles de procédure nationale? », in M. DONY et E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Les Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002.

D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges », The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 01/08. Disponible sur : <https://www.coleurope.eu/research-paper/le-developpement-en-droit-europeen-de-la-concurrence-des-solutions-negociees> (accédé en mai 2019).

E. BROSSET. « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union », in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, Paris, La documentation française, 2011, p. 247-280.

E. FEGATILLI et N. PETIT, « Économétrie du droit de la concurrence - Un essai de conceptualisation », The Global Competition Law Centre Working Paper Series, GCLC Working Paper 03/08. Disponible sur : <https://www.coleurope.eu/fr/research-paper/econometrie-du-droit-de-la-concurrence-un-essai-de-conceptualisation> (accédé en mai 2019).

F. BIEN, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations - Aspects de droit allemand », *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 58, n. 3, 2006, p. 771-785.

F. BRUNET et I. GIRGENSON, « La double réforme du contrôle des concentrations », *Revue trimestrielle de droit européen*, 40, 2004, p. 1-31.

F-C. JEANTET, « Réflexions sur les injonctions et exemptions du droit de la concurrence », *JCP*, I, n° 3348, 1988.

F. JENNY, « Intérêt général et analyse économique (Paris, 18 octobre 2013 », *Revue Concurrences*, n° 1, 2014.

F. PUEL, « Échanges d'informations, droit de la concurrence et préparation d'une opération de concentration », *Revue Concurrences*, n° 4, 2010, p. 69-74.

F. ROLIN, « La qualité des décisions du Conseil d'État », in P. MBONGO (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 145-156.

F. ZIVY et al., « Rapport zivy: regards croisés sur le problème des concentrations 'multijuridictionnelles' », *Revue Concurrences*, n° 1, 2014, p. 10-23.

G. BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le Juge et le droit public, Mélanges offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, T.2, p. 297 et s.

G. CANIVET, « Le juge et les autorités de marché », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1992, p. 185-204.

G. JÈZE, « Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *R.D.P.*, 1923, p. 85 et s.

H. LEGAL, « Le contentieux communautaire de la concurrence entre contrôle restreint et pleine juridiction », *Revue Concurrences*, n° 2, 2005, p. 1-2.

\_\_\_\_\_, « Le juge et les instruments d'analyse économique », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 134, 2003, p. 16 et s.

I. de SILVA « Gun Jumping : Quelles sont les pratiques à éviter? », *Revue Concurrences*, n° 3, 2018, p. 55-66.

I. MASELIS, « Les nouvelles dispositions du statut de la Cour de Justice », *Journal des tribunaux – Droit Européen*, n° 117, 2005, p. 65-68.

J. BUHART et L. LESUR, « Participations minoritaires et droit de la concurrence: une

réforme européenne nécessaire? », *Revue Concurrences*, n° 4, 2013, p. 57 et s.

J. HAMEL, « La protection des minorités dans les sociétés anonymes », *Revue internationale de droit comparé*, v. 3, n. 4, 1951, p. 677 et s.

J.-M. SAUVÉ, « A quoi sert la concurrence », Allocution d'ouverture, Colloque organisé par la *Revue Concurrences*, Assemblée nationale, Jeudi 4 décembre 2014. Disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/A-quoi-sert-la-concurrence> (accédé en avril 2015).

\_\_\_\_\_, « L'injonction, l'exécution du jugement, la Loi du 8 février 1995 après vingt ans de pratique – réflexions sur l'effectivité des décisions du juge administrative », Ouverture, Colloque organisé dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives, Montpellier, Vendredi 5 septembre 2014. Disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique> (accédé en avril 2015).

\_\_\_\_\_, « L'urgence devant le Conseil d'Etat : procédures, méthodes de travail et défis nouveaux », Séminaire organisé par l'Association internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA) / International Association of Supreme Administrative Jurisdictions (IASAJ), Varsovie, le 23 septembre 2014. Disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-urgence-devant-le-Conseil-d-Etat-procedures-methodes-de-travail-et-defis-nouveaux> (accédé en mai 2019).

J.-P. DE LA LAURENCIE et al., « Le ministre de l'Économie, gardien de l'intérêt général dans le contrôle des concentrations : Pourquoi ? Comment ? - Points de vue croisés (Paris, 18 octobre 2013) », *Revue Concurrences*, n° 1, 2014.

J. PHILIPPE, « La mesure du marché pertinente », *Révue française d'économie*, v. 13, n. 4, 1998, p 125-159.

J. RIVERO, « L'administration et le fonctionnement de la justice en Europe », Rapport de

synthèse, AEAP, CNRS, 1991.

J.-Y. CHÉROT, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 9, 2000, p. 687-696.

L. BOY, « Le nouveau contrôle français des opérations de concentrations, une originalité regrettable? », in J. DREXL et al. (dir.), *Technology and competition, Technologie et concurrence, Contributions in honour of, Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 393-412.

K. WRIGHT, « The 'judicial', the 'administrative' and consistent application after the decentralisation of EC antitrust enforcement », Paper for European Union Studies Association, Eleventh Biennial International Conference, Los Angeles, 23-25 avril 2009.

L. CADIET, « Culture et droit processuel », Journées Louisianaises, Bâton Rouge – La Nouvelle Orléans, 2008. Disponible sur : [http://www.henricapitant.be/documents/Culture\\_et\\_droit\\_processuel.doc](http://www.henricapitant.be/documents/Culture_et_droit_processuel.doc) (accédé en mai 2019).

L. IDOT, « Europe et concurrence: le grand malentendu », *Europe*, n° 8-9, 2005, p. 3.

\_\_\_\_\_, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », *Revue Concurrences*, n° 1, 2004.

\_\_\_\_\_, « Le rôle des consommateurs dans le public enforcement », in *New frontiers of antitrust*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 105-122.

\_\_\_\_\_, « Les concentrations dans le secteur des médias : business as usual? », *Revue internationale de droit économique*, t. XIX, 1, 2005, p. 5-25.

\_\_\_\_\_, « Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations – Aspects du droit français », *Revue internationale de droit comparé*, v. 58, n. 3, 2006, p. 747-769.

\_\_\_\_\_, « Les limites et le contrôle de la concurrence dans la perspective d'une harmonisation internationale », *Revue internationale de droit comparé*, v. 54, n° 2, 2002, p. 371-399.

\_\_\_\_\_, « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence - le contrôle des concentrations », *Revue internationale de droit économique*, t. XVI, 2-3, 2002, p. 175-205.

\_\_\_\_\_, « Notion de concentration et convention de portage, indépendance du mandataire », *Europe*, n° 1, comm. 36, 2013, p. 40-41.

\_\_\_\_\_, « Nouvel épisode dans les affaires Seb/Moulinex et Total/Fina/Elf ou comment le Tribunal exerce son contrôle sur les décisions de renvoi et les décisions relatives aux engagements », *Europe*, n° 6, chron. 7, 2003, p. 7-11.

\_\_\_\_\_, « Responsabilité de la Commission à la suite d'une décision de concentration annulée ». *Europe*, n° 11, comm. 383, 2008, p. 41-42.

\_\_\_\_\_, « Quelques exemples de la difficulté du juge du contrat à appréhender le droit de la concurrence et le règlement n. 2790/99 », *Revue des contrats*, n° 4, 2005, p. 1033.

\_\_\_\_\_, et C. MOMÈGE, « Le rôle clé des engagements en matière de contrôle des concentrations: réflexions sur l'évolution de la pratique », *Revue Lamy droit des affaires*, n. 37, 2001.

\_\_\_\_\_, et F. ZIVY, « L'accès au dossier dans le cadre des actions privées : état des lieux deux ans après l'arrêt Pfleiderer », *Revue Concurrences*, n° 3, 2013, p. 34.

\_\_\_\_\_; V. BEAUMEUNIER et N. JALABERT-DOURY, « La protection du secret des affaires après la décision « Filmm » du Conseil d'État », *Revue Concurrences*, Paris, Seminaire, 18 novembre 2014.

L. FRÉNEAUX, « L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations », *Revue internationale de droit économique*, t. XXI, 1, 2007, p. 43-67.

L. VOGEL, « Le juriste face à l'analyse économique », *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 134, 2003, p. 7-8.

M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle de marché », *Ach, Phil. Droit*, Tome 40, *Droit et Esthétique*, 1996, p. 287-314.

N. LENOIR, « La protection des secrets d'affaires devant l'ADLC: comment l'arrêt Syndicat FILMM du Conseil d'État du 10 octobre 2014 illustre les tensions entre cette protection et le principe du contradictoire », *RLDA*, n. 99, 2014, p. 35-41.

P. CARDON, « Le droit des concentrations et le Conseil d'État », *Dr. Adm.*, n. 18, 2003.

P. PAPANDROPOULOS, « L'analyse économique des effets unilatéraux des concentrations », *Revue Concurrences*, n° 2, 2007, p. 16-22.

R. LECOURT, « La concurrence devant le juge », *Gaz. Pal.*, 1973, p. 741-748.

S. DURANDE et A. M. LLOREDA, « Les droits des tiers dans les procédures concurrences devant la Commission européenne », *Revue Concurrences*, n° 4, 2005, p. 34-44.

P. DURAN « Légitimité, droit et action publique », *L'Année sociologique*, n° 59, 2, 2009, p. 303-344.

V. NAGLIC, « Pratiques nationales concernant l'accessibilité des documents judiciaires », Bruxelles, Union européenne, 2013. Disponible sur: <http://www.europarl.europa.eu/studies> (accédé en janvier 2015).

- **Notes**

J.-M. COT, « Gun Jumping : L’Autorité de la concurrence condamne une entreprise pour réalisation anticipée d’une concentration à une sanction de 80 millions d’euros (Altice) », *Revue Concurrences*, n° 2, 2017, p. 132-134.

L. IDOT, « Accès aux documents et règlement (CE) n.1049/2001 », *Europe*, n° 8-9, 2012, p. 36-38.

\_\_\_\_\_, « Concentrations et étendue du contrôle juridictionnel », *Europe*, comm. 331, 2008, p. 31-32.

\_\_\_\_\_, « Premières vues sur l’arrêt General Electric c Commission, du 14 décembre 2005 », *Europe*, n° 2, 2006, p. 4-7.

M. BAZEX et S. BLAZY, « Note sous CE Sect., 31 janvier 2007, Société France Antilles », *Dr. adm.*, n° 4, 2007, p. 28-30.

S. FERRARI, « Contrôle des concentrations économiques, Commentaire sous l’arrêt CE. Sect., 31 janvier 2007, Société France Antilles, n° 294896 », *Revue générale du droit on line*, n° 1640, 2008. Disponible sur : [www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1640](http://www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1640) (accédé en mai 2019).

### 3. EN LANGUE ANGLAISE

- **Ouvrages**

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Premember coordination : the emerging law of Gun Jumping and information exchange*, Chicago, ABA Publishing, 2006.

H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust policy – the law of competition and its practice*, St. Paul, MN, West Academix Publishing, 5<sup>th</sup> ed., 2015.

- **Articles**

C. TURNER et R. MUÑOZ, « Revising the judicial architecture of the European Union », *Yearbook of European Law*, v. 19, issue 1, 1999, p. 1-93.

F. FARINA, « Brazilian Competition Law System », in B. HAWK (dir.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute : International Antitrust Law & Policy*, Huntington, N.Y., Juris Publishing, 2006, p. 1-10.

F. M. FISHER, « Horizontal mergers : triage and treatment », *Journal of Economic Perspectives*, 1 Fall, 1987, p. 492-508.

G. CANIVET, « The responsibility of the judiciary in the implementation of competition policy », OECD, *Judicial Enforcement of Competition Law*, 1997, p. 21-26.

H. LEGAL, « About competition jurisdictional control », *Revue Concurrences*, n° 2, 2005, p. 1-2.

H. LEGAL, « Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law », in B. HAWK (dir.), *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute 2005*, vol. 32, Huntington, N.Y., Juris Publishing, 2006, p. 107-116.

J. MICHAEL, « The Triumph of the new economy - a powerful payoff from globalization and the Info Revolution », Bloomberg, 30 décembre 1996. Disponible sur : <https://www.bloomberg.com/news/articles/1996-12-29/the-triumph-of-the-new-economy> (accédé en mai 2019).

P. HONORÉ et B. ROSENBERG, « Brazil: Merger control regime further to the 2012 reform », *Revue Concurrences*, n° 3, 2014.

P. F. AZEVEDO, « Judicial review of antitrust decisions: incentives for settlements? », *Advances in the Analysis of Competition Policy and Regulation*, Cresse Conference, Heraklion, 2017. Disponible sur : [https://www.cresse.info/uploadfiles/2017\\_pa11\\_pa2.pdf](https://www.cresse.info/uploadfiles/2017_pa11_pa2.pdf) (accédé en mai 2019).