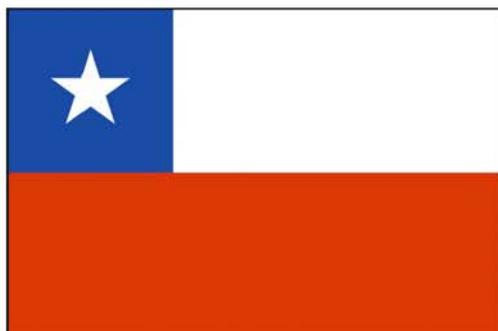


Le droit et la politique de la concurrence au Chili



Examen d'accession



**LE DROIT ET LA POLITIQUE
DE LA CONCURRENCE AU CHILI**

-- 2010 --



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements oeuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Commission européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

© OCDE 2011

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

AVANT-PROPOS

Cet examen du droit et de la politique de la concurrence au Chili fait partie d'une série d'examens de politiques nationales entrepris par le Comité de la Concurrence de l'OCDE dans le cadre du processus d'adhésion du Chili en qualité de membre de l'OCDE.

Le Conseil de l'OCDE a décidé le 16 mai 2007 d'ouvrir les discussions en vue de l'adhésion du Chili et a adopté le 30 novembre 2007 la Feuille de route définissant les termes, conditions et le processus pour l'adhésion du Chili à la Convention de l'OCDE. Dans la Feuille de Route, le Conseil de l'OCDE a demandé à certains Comités de l'OCDE de lui communiquer leur opinion formelle ; à la lumière de ces opinions formelles et d'autres informations pertinentes, le Conseil de l'OCDE a décidé le 15 décembre 2009 d'inviter le Chili à devenir membre de l'Organisation. À l'issue de la procédure interne le Chili est devenu membre de l'OCDE le 7 Mai 2010.

Le Comité de la Concurrence (le «Comité») a été invité à examiner la situation du Chili au regard d'éléments clés de la concurrence et à fournir au Conseil une opinion formelle sur la volonté et la capacité du Chili à assumer les obligations liées à la qualité de membre de l'OCDE. Ce faisant, le Comité de la Concurrence a évalué le degré de cohérence du droit et de la politique de la concurrence du Chili avec celui des pays Membres de l'OCDE. Ce rapport, préparé dans le cadre de l'examen d'adhésion par le Comité de la Concurrence, souligne quelques enjeux clés auxquels le Chili doit faire face dans sa mise en œuvre de la politique de la concurrence.

Alors que le droit de la concurrence au Chili est simple, et les règles essentielles sont plus générales que dans d'autres juridictions, l'examen a montré que ce droit permet une politique et une mise en œuvre efficaces de la législation à l'encontre d'accords restrictifs et de pratiques concertées, des abus de position dominante, des pratiques d'éviction et des fusions anticoncurrentielles. Des changements législatifs importants ont eu lieu en 2003 avec la création du «Tribunal de Defensa de la Libre Competencia» (TDLC), un organe indépendant investi de pouvoirs de décision et d'un rôle de promotion de

la concurrence, tandis que les tâches de mise en œuvre étaient attribuées à la «Fiscalia Nacional Economica» (FNE), un organe d'enquête indépendant.

L'abus de position dominante demeure le domaine de mise en œuvre de la loi le plus important au Chili, et dans lequel le TDLC a adopté une approche économique en considérant qu'un comportement n'est pas jugé abusif s'il est économiquement efficace ; mais l'approche flexible du TDLC a un coût, celui de l'incertitude. Par ailleurs, selon l'examen de l'OCDE, les méthodes de définition des marchés, le standard légal utilisé pour les fusions, le traitement des prix d'éviction et les standards de preuve appliqués aux cas de cartel pourraient être clarifiées.

L'examen a aussi noté que la mise en œuvre de la législation anticartel devient de plus en plus importante au Chili, avec la plus grosse amende infligée à ce jour, en 2008, par la Cour Suprême dans le cas de téléviseurs à écrans plats. Ce développement positif devrait être poursuivi ainsi que le recours croissant à des lignes directrices pour clarifier l'étendue et l'orientation de la politique de concurrence au Chili.

L'examen du droit et de la politique de la concurrence au Chili a été conduit sur la base d'une auto-évaluation complète des autorités chiliennes, des réponses du Chili à un questionnaire détaillé, d'informations additionnelles collectées à l'occasion d'une mission du Secrétariat, d'entretiens avec des hauts fonctionnaires, des acteurs du marché, des professeurs et une consultation de la littérature pertinente. Le projet de rapport a été discuté avec les représentants du Chili à la réunion du Comité de la Concurrence de février 2009. Cette version finale qui reflète la situation à la date de juin 2009, est publiée sous la responsabilité du Secrétaire Général de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé	7
Introduction	9
1. Les Fondements.....	9
1.1. Élaboration des fondements du droit de la concurrence	10
1.2. Objectifs des pouvoirs publics : but visé et approche retenue	12
2. Questions de fonds : contenu du droit de la concurrence	14
2.1. Accords horizontaux	15
2.2. Accords verticaux	17
2.3. Position dominante-monopole	19
2.4. Fusions	25
2.5. Concurrence déloyale	31
2.6. Protection des consommateurs.....	32
3. Institutions : structure et pratiques de mise en œuvre	34
3.1. Institutions chargées de la politique de la concurrence.....	35
3.2. Procédures et pouvoirs de mise en œuvre.....	36
3.3. Examen judiciaire	40
3.4. Autres moyens permettant d'appliquer le droit de la concurrence .	41
3.5. Questions internationales et coopération en matière d'application de la loi	41
3.6. Ressources et priorités	43
4. Régimes sectoriels et exclusions	46
4.1. Questions sectorielles et régimes spéciaux	48
5. Questions de concurrence dans les procédures réglementaires et législatives	54
6. Conclusions et évaluation.....	57
6.1. Nature et mise en œuvre de la politique de la concurrence : état des lieux	57
6.2. Tendances : ampleur et orientation des changements sur 5 à 10 ans	59
6.3. Mise en application des six principes de la Feuille de route.....	60
Notes.....	68
Bibliographie	75

Encadrés

1. Affaire AGIP A.G. contre <i>Supermercados Líder</i>	19
2. La guerre des téléviseurs à écrans plats	22
3. L'affaire <i>Falabella</i>	30
4. Avis des consommateurs dans l'affaire <i>Falabella</i>	33

Tableaux

1. Ressources du TDLC	44
2. Ressources du FNE.....	44
3. Tendances observées dans les mesures relevant de la politique de la concurrence	45

Résumé

Le droit chilien de la concurrence est inhabituellement simple et de portée générale, mais il sert tout de même de fondement à une action publique efficace et à des mesures énergiques permettant de faire appliquer la législation de lutte contre les accords restreignant la concurrence et les actions concertées, les abus de position dominante unilatéraux ou encore les comportements d'éviction ou les fusions contraires à la concurrence. La substance est fournie par la jurisprudence, de plus en plus fondée sur la mise en œuvre d'analyses économiques.

L'application de la législation s'est intensifiée de manière spectaculaire depuis que des amendements législatifs opérés en 2003 ont renforcé les sanctions et ont imprimé un caractère accusatoire à la procédure. La modification la plus importante a été la création du *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (TDLC). Le TDLC, qui tout à la fois peut rendre des arrêts et jouer un rôle de sensibilisation, est plus indépendant que les Commissions qu'il a remplacées ; ses membres sont aussi plus qualifiés, il jouit d'un statut plus élevé, il dispose aussi de davantage de pouvoirs et d'un budget plus important. Les modifications d'ordre structurel introduites rendent par ailleurs le système plus transparent et plus efficace. Le mécanisme de répartition des missions de mise en œuvre de la législation entre un organe indépendant chargé de mener les enquêtes, le *Fiscalía Económica* (FNE), et une autorité distincte et indépendante chargée de rendre des arrêts, le TDLC, a jusqu'ici bien fonctionné.

La mise en œuvre de la législation de lutte contre les ententes suscite davantage d'intérêt. En 2008, la plus grosse amende jamais infligée a été confirmée par la Cour suprême. En outre, le TDLC a rendu un arrêt s'opposant à une fusion, prenant ainsi la décision ayant la plus large portée de toutes celles qu'il n'avait jamais prises. Cela étant, ce sont les cas d'abus de position dominante qui restent l'axe le plus important de la mise en œuvre de la législation. Le TDLC met en œuvre une approche économique et ce faisant, il ne considérera pas qu'un comportement efficient du point de vue économique puisse être abusif.

La souplesse dont le TDLC fait montre dans l'application des principes économiques a toutefois un revers, l'incertitude. Ainsi, dans une décision rendue à l'encontre d'une grosse fusion dans la vente au détail par exemple, le TDLC s'est écarté de la définition traditionnelle, plus limitée, du marché qu'il avait pourtant retenue dans des décisions antérieures ainsi que de la méthodologie exposée dans les Lignes directrices du FNE. Ce manque de visibilité est encore amplifié par le manque de cohérence des orientations données par la Cour suprême. En outre, les méthodes utilisées pour définir les marchés, les normes juridiques applicables aux fusions, le traitement réservé aux prix d'éviction et les normes admises comme preuves dans les affaires d'ententes injustifiables manquent de précision.

Des directives relatives à l'application de la législation pourraient permettre de clarifier la portée et l'orientation de l'action publique. Le FNE a bien publié des lignes directrices sur les fusions, mais le TDLC, en sa qualité d'organe judiciaire indépendant, n'est pas tenu de les suivre. Afin d'aider le plus utilement possible les entreprises implantées au Chili à se conformer à la loi, des guides d'interprétation et d'analyse devraient être publiés en s'appuyant sur les décisions prises par le TDLC et sur les modèles et enseignements tirés de l'expérience de la communauté internationale en matière de concurrence.

Introduction

Le présent rapport avait pour objectif d'aider le Comité de la concurrence à évaluer la volonté et la capacité de la République du Chili à respecter les obligations attachées à la qualité de membre l'OCDE dans le domaine de la concurrence, comme indiqué dans la « Feuille de route pour l'adhésion du Chili à la Convention relative à l'OCDE ». ¹ Il a été préparé à partir de plusieurs éléments : la contribution initiale du Chili sur sa position concernant la compatibilité de sa législation et de ses politiques avec les principes énoncés dans la Feuille de route, les réponses au questionnaire de suivi soumis par le Secrétariat et les conclusions des missions exploratoires et des études effectuées par le Secrétariat. Les premières parties du rapport décrivent les fondements de l'action publique, le droit matériel et l'expérience en matière de mise en œuvre, la structure des institutions, les régimes de réglementation sectorielle et leurs exceptions, et enfin le traitement réservé aux questions de concurrence dans les processus réglementaires et législatifs. La dernière partie reprend ces conclusions qui sont résumées sous les trois rubriques retenues par le Comité pour procéder à son évaluation : (1) la situation actuelle sur le plan de la politique de la concurrence et de sa mise en œuvre ; (2) l'ampleur et l'orientation des évolutions intervenues dans la politique de la concurrence au cours des cinq à dix dernières années et (3) le degré de conformité aux recommandations particulières relatives aux instruments de la politique de la concurrence qui sont mentionnés dans la Feuille de route.

1. Les Fondements

Avec un PIB de 232.8 milliards USD (estimation 2007), le Chili est une économie moyenne en Amérique latine et il se classe également parmi les pays moyens sur le plan démographique, avec une population de 16 millions d'habitants. Sa géographie, montagnes d'un côté et océan de l'autre, a tendance à isoler ses marchés, voire à rendre les pressions concurrentielles moins lourdes. La population, et par voie de conséquence, l'essentiel de l'activité économique, sont concentrées dans le centre du pays, principalement dans la Vallée centrale. Soucieux de contrebalancer des facteurs tels que les coûts de transport ou les économies d'échelles susceptibles d'aboutir à des marchés concentrés et donc moins concurrentiels, le Chili est devenu une économie très ouverte, qui a signé au cours des 35 dernières années nombre d'accords de libre-échange. ²

Les performances économiques récentes sont bonnes. Le PIB réel progresse à un taux annuel de 5.5 % depuis 1990, tandis que la proportion de la population vivant dans la pauvreté a diminué de moitié. La crise financière asiatique de la fin des années 90 a donné un coup d'arrêt à la croissance et a accru le chômage mais l'économie est restée stable et s'est reprise rapidement.

La croissance potentielle est actuellement estimée à quelque 4 à 5 %. Cette bonne santé puise ses racines dans des politiques et des institutions économiques de qualité. La note de crédit souverain attribuée au Chili est la plus élevée d'Amérique du Sud. En dépit de sa taille modeste, le Chili, peut-être grâce à sa tradition de libéralisation et de bonnes performances économiques, est souvent considéré par les entreprises multinationales comme un tremplin pour l'entrée en Amérique du Sud.

1.1. Élaboration des fondements du droit de la concurrence

Au Chili, l'histoire du régime de la concurrence commence en 1959, avec l'adoption de la première loi sur la concurrence (loi n° 13.305). Des dispositions relatives à la concurrence avaient alors été intégrées dans une législation économique et industrielle adoptée en réponse à des recommandations d'action publique formulées par une mission internationale de spécialistes qui avait été chargée principalement de résoudre des problèmes d'instabilité macroéconomique. L'un des chapitres de la loi instituait une Commission anti-monopoles qui avait pour mission de sanctionner les comportements dommageables et de contrôler les activités industrielles et commerciales et en 1963, on a créé le poste de « *Fiscalía Nacional Económica* » (Procureur économique national, ou « FNE ») ayant pour mission de mener des enquêtes et d'engager des poursuites en cas de comportement anticoncurrentiel. Cependant, ces institutions n'ont eu que peu d'affaires à traiter. Entre 1959 et 1973, la plupart des décisions prises dans ce cadre ont été des recommandations destinées à prévenir toute infraction future. Lorsque l'essentiel de l'économie était planifiée, nombreux étaient les produits et les services dont les prix étaient réglementés et beaucoup d'entreprises étaient détenues ou gérées par les pouvoirs publics ; de ce fait, le droit et la politique de la concurrence ne jouaient pas un rôle significatif.

Après le coup d'État militaire de 1973, les autorités ont procédé à des modifications de la politique de la concurrence dans le cadre d'un programme visant à démanteler les mesures prises par le gouvernement précédent, qui tentait de mettre en place une économie planifiée. La loi sur la concurrence (décret-loi n° 211 de 1973) instituait de nouvelles institutions, la Commission de la concurrence (*Comisión Resolutiva*) et des Commissions consultatives centrale et régionales, les « *Comisiones Preventivas* ». Les membres de la Commission de la concurrence et des Commissions consultatives étaient bénévoles et occupaient leur fonction à temps partiel. Ces organismes pouvaient imposer des sanctions et formuler des injonctions et des recommandations, tandis que le FNE poursuivait ses missions d'enquête et de poursuites.

Au cours de ses deux premières décennies d'activité, de 1973 à 1993, la Commission de la concurrence s'est surtout intéressée aux affaires de verrouillage du marché telles que les ententes verticales restrictives. Son approche formelle et légaliste se fondait sur le principe de protection des droits économiques contenu dans la Constitution de 1980. La politique de la concurrence n'avait pas pour objet de promouvoir le bien-être des consommateurs, mais de préserver la liberté économique. Les ressources consacrées à la mise en œuvre étaient faibles. La politique de la concurrence était éclipsée par les réformes macroéconomiques et de fait, la mise en œuvre du droit de la concurrence n'était pas un volet prioritaire du programme de réforme du Chili, axé plus prioritairement sur la libéralisation des échanges, la privatisation et la déréglementation.

Après son retour à la démocratie en 1989, le Chili s'est lancé dans un programme destiné à favoriser la croissance, élaboré à la fois par les pouvoirs publics et par le secteur privé. Ce programme mettait l'accent sur une réforme de la réglementation dans les télécommunications et l'électricité ou encore dans des secteurs tels que les marchés financiers, également susceptible d'améliorer la concurrence et l'efficacité. Le fait d'avoir fait de ce type de réforme de la réglementation une priorité a créé les conditions nécessaires et ouvert la voie à un renforcement de la mise en œuvre de la concurrence. En revanche, le droit de la concurrence, principalement consultatif, appliqué par des institutions ne disposant que de pouvoirs de mise en œuvre limités, n'a pas été en mesure de traiter efficacement les affaires importantes survenant dans le contexte d'une économie en plein développement. Les pouvoirs d'enquête du FNE ont bien été renforcés à la suite d'une réforme opérée en 1999, mais la structure institutionnelle avait besoin d'une refonte plus complète.

Les institutions ont été réorganisées en novembre 2003. La loi sur la concurrence de 2003 (loin^o.19.911) a créé le *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* ("TDLC") destiné à remplacer la Commission de la concurrence et les Commissions consultatives. Dans le système actuel, le FNE soumet les plaintes au TDLC pour jugement et décision. La loi de 2003 a également donné de nouveaux pouvoirs au FNE. Ce fondement judiciaire de la mise en œuvre du droit de la concurrence fait du Chili un cas unique en Amérique latine. Le TDLC est un tribunal, soumis à ce titre à la supervision de la Cour suprême de justice, mais il compte parmi ses membres deux économistes aux côtés de trois juristes. Par rapport aux normes juridiques officielles invoquées dans les décisions administratives des anciennes commissions, les arrêts du TDLC se caractérisent par des analyses économiques plus poussées.

La mise en œuvre de la législation a connu un coup d'accélération marqué depuis lors. En particulier, les sanctions se sont considérablement alourdies.

Depuis 2004, le montant moyen des amendes infligées par le TDLC est d'environ USD 840 000. A titre de comparaison, pendant la période 1974-2002, le montant moyen des amendes après examen par la Cour suprême se situait aux alentours de 13 500 USD.

Les modifications adoptées en 2009 ont permis de renforcer encore la mise en œuvre de la législation. Entre autres, ces modifications autorisent la mise en place d'un programme de clémence destiné à repérer et à prévenir les ententes, d'accroître les pouvoirs d'enquête du FNE et d'augmenter les sanctions en cas d'infraction.

1.2. Objectifs des pouvoirs publics : but visé et approche retenue

Le gouvernement du Chili considère que son droit de la concurrence a pour principal objectif de promouvoir l'efficacité économique, dans l'espoir qu'à long terme, on aboutisse ainsi à maximaliser le bien-être des consommateurs. Ce but n'est pas expressément énoncé dans la législation, pas plus que d'autres d'ailleurs. Cet objectif d'efficacité économique représente une évolution par rapport aux premières années de la politique de la concurrence au Chili, qui mettait surtout l'accent sur l'importance de la liberté économique et sur l'objectif consistant à empêcher toute restriction de l'autonomie des entreprises. Les restrictions verticales telles que les accords d'exclusivité ou les exclusivités territoriales étaient considérées comme particulièrement nuisibles pour la concurrence au sens où elles empêchent d'autres entreprises d'intervenir en tant que distributeurs. Le fait que ces restrictions puissent être justifiées du point de vue de l'efficacité et être ainsi, en dernier ressort, bénéfiques à la concurrence et aux consommateurs n'entraîne pas en ligne de compte.

La loi sur la concurrence ne formule pas d'objectif spécifique. L'article 1 dispose en termes généraux que la loi a pour objet de « favoriser et de défendre la libre concurrence sur le marché ». Le projet de loi sur la concurrence soumis à l'origine au Congrès en 2002 comprenait une liste d'objectifs plus détaillée, appelant de manière plus explicite à la promotion de l'efficacité et du bien-être des consommateurs. Après de longues discussions, le texte définitif a été modifié dans le sens d'une formulation plus générale. De fait, le caractère général du libellé laisse au TDLC le choix de l'orientation stratégique sur la base de ses pratiques en matière de décision, sous la supervision de la Cour suprême. Ce caractère général de la formulation est également conforme à la protection sans réserve des droits économiques prévue par la Constitution (article 19.21 de la Constitution de 1980), qui ne mentionne aucun autre objectif plus particulier de norme de bien-être social.

Malgré tout, les vues des décideurs publics évoluent clairement dans le sens de l'efficacité et du bien-être des consommateurs. Ce changement de cap se manifeste dans l'Accord de libre-échange conclu entre le Chili et les États-Unis qui, dans son chapitre 16 intitulé « Competition Policy, Designate Monopolies, and State Enterprises » (Politique de la concurrence, monopoles désignés et entreprises appartenant à l'État), dispose que chaque partie doit adopter ou conserver un droit de la concurrence qui interdit les comportements commerciaux anticoncurrentiels afin de promouvoir l'efficacité économique et le bien-être des consommateurs, et doit prendre les mesures appropriées pour lutter contre de tels comportements.

L'efficacité, sous plusieurs aspects, est une considération importante dans les décisions du TDLC. Le fait de nuire au bien-être des consommateurs a déjà été cité comme un motif de condamnation d'un comportement.³ La protection du surplus des consommateurs a été également prise en compte dans certaines affaires.⁴ Les conséquences sur l'efficacité d'attribution ont été également invoquées pour rejeter une plainte pour refus de fourniture dans la distribution de films.⁵ De la même façon, les effets de l'efficacité dynamique et de l'innovation ont été examinés lors de l'approbation conditionnelle d'une fusion, malgré une concentration élevée, dans un secteur de haute technologie présentant des signes de convergence technologique.⁶

Les traits hérités du temps où la politique de la concurrence du Chili ne se préoccupait pas d'efficacité réapparaissent de temps à autre, mais à la marge. Ainsi, certaines décisions du TDLC soutiennent implicitement des objectifs n'ayant pas trait à l'efficacité en obligeant à respecter des arrêts rendus par les anciennes Commissions et toujours en vigueur aujourd'hui.⁷ Pour le reste en revanche, les décisions du TDLC ne sont pas spécialement favorables aux petites et moyennes entreprises. Plusieurs affaires concernant le secteur des supermarchés ont abouti à un refus de la protection des petites et moyennes entreprises lorsqu'il n'y a pas de menace sur la concurrence en termes d'efficacité économique.⁸ D'une manière générale, la loi sur la concurrence ne contient aucune disposition permettant de mettre en balance les objectifs de la concurrence avec d'autres intérêts.

L'interprétation des objectifs de l'action publique par le TDLC est en train d'évoluer. Il est possible que la communauté des affaires et le public ne soient pas encore pleinement au fait de l'interprétation qui est actuellement faite des objectifs de la législation et des normes juridiques. En particulier, il est difficile de savoir comment le TDLC interprète dans la pratique les normes juridiques de l'efficacité. Cette question n'était pas absente de la décision sur la proposition de fusion entre D&S et *Falabella*⁹ (voir l'encadré 3 ci-après).

2. Questions de fonds : contenu du droit de la concurrence

La loi sur la concurrence adoptée par le Chili se distingue par sa portée et par sa simplicité. Elle reprend la structure de base des interdictions de fond portant sur les accords et les pratiques unilatérales que l'on trouve généralement dans toutes les législations sur la concurrence. Sa concision entretient cependant un certain flou. En effet, les règles de fond relatives aux comportements affectant la concurrence sont contenues dans une seule et unique disposition générale, qui stipule que tout acte, texte ou accord, y compris contrat, qui « empêche, restreint ou bloque la libre concurrence », ou qui tend à le faire, est passible de sanctions aux termes de la loi (article 3). Les alinéas contiennent des exemples détaillés sur certaines des catégories les plus fréquentes de problèmes relevant de la politique de la concurrence, à savoir les accords explicites ou tacites (article 3.A), « l'exploitation abusive » d'une position dominante (article 3.b) et les pratiques « d'éviction ou pratiques déloyales » visant à atteindre ou à renforcer une position dominante (article 3.c). C'est la jurisprudence qui a permis de développer la signification de ces dispositions générales.

La stratégie de mise en œuvre met l'accent sur le pouvoir de marché. Même en cas de restrictions horizontales, les mesures de mise en œuvre dépendent du pouvoir de marché. Si on est en présence d'un pouvoir de marché, le TDLC examine les efficacités potentielles. À l'inverse, en l'absence de pouvoir de marché, le TDLC n'enquête généralement pas plus avant sur les effets anticoncurrentiels potentiels, sauf si le comportement lui-même vise à l'obtention d'un pouvoir de marché.

L'orientation stratégique a été infléchie dans le sens d'une plus grande importance donnée aux facteurs économiques, mais la jurisprudence n'a pas permis d'éclaircir tous les points. Au début, les accords relevant des catégories décrites dans l'article 3 étaient traités comme illégaux en soi. Depuis qu'il a adopté une approche plus « économique », le TDLC applique aujourd'hui quelquefois une méthode que l'on pourrait rapprocher d'une règle de raison, avec toutefois une certaine prudence destinée à faciliter la production de preuves dans des affaires telles que des ententes sur les prix pures et simples.¹⁰ La « capacité objective » d'un accord à entraîner des nuisances sur le marché suffit à ce qu'il soit condamné et il n'est pas nécessaire d'en prouver les conséquences effectives. Le TDLC a utilisé cette approche des restrictions horizontales dans des décisions récentes (n° 74/2008 ; n°79/2008). Le TDLC n'est pas lié par ses décisions antérieures, mais examine et évalue chaque affaire sur le fond. En l'absence de règles détaillées et de normes relatives aux preuves dans la loi sur la concurrence, il est parfois difficile d'apprécier les conséquences du comportement d'une entreprise.

La loi sur la concurrence ne contient pas non plus de règles permettant d'identifier et de mesurer les éléments d'une analyse fondée sur les facteurs économiques. Il n'existe pas de procédure générale de définition des marchés. Il n'existe pas non plus de présomption de part de marché qui servirait d'indicateur de domination, ni de seuil permettant d'évaluer la concentration du marché, ni de référence à des obstacles à l'entrée, ni enfin d'indication de la portée d'une invocation de l'efficacité **comme moyen de défense**. Le FNE a publié des lignes directrices pour expliquer certains concepts économiques, par exemple un « Guide interne pour l'analyse des opérations de concentration horizontale ». LE TDLC n'est toutefois pas lié par ces orientations.

En droit chilien, une définition normative pure, en soi, de la collusion, ou une présomption de part de marché indiquant une domination, qui renverseraient la charge de la preuve afin de faire peser celle-ci sur le défendeur, poseraient un problème constitutionnel, c'est pourquoi les conséquences réelles ou potentielles sur la concurrence doivent être prouvées au cas par cas. De l'avis de certains spécialistes (Gonzalez, 2008), même la collusion serait traitée comme les pratiques d'exclusion ou de monopole, c'est-à-dire qu'en plus d'apporter la preuve de l'existence d'une pratique, l'instance chargée de faire appliquer la loi devrait aussi prouver que cette pratique conduit, ou conduira probablement, à nuire à la concurrence.

2.1. Accords horizontaux

La collusion est une pratique anticoncurrentielle en vertu de l'article 3. Selon l'article 3(a), « les accords explicites ou tacites » ou encore les « pratiques concertées » visant à fixer des prix de vente ou d'achat, à limiter la production ou à répartir des zones ou des parts de marché, et l'utilisation abusive du pouvoir conféré par ces accords ou ces pratiques, constituent des violations de la loi. Le TDLC est donc autorisé à sanctionner les accords entre concurrents ayant pour objectif de fixer des prix, de limiter la production ou de se répartir des marchés. La loi ne précise pas si ces comportements doivent être examinés sous l'angle d'une norme en soi ou d'une norme de règle de raison.

Afin de réduire la charge de la preuve concernant l'existence de violations horizontales injustifiables, le TDLC exige un niveau de preuve selon lequel le comportement contesté doit avoir la « capacité objective » de nuire à la concurrence. Cette interprétation fait suite au libellé de l'article 3 de la loi sur la concurrence, qui dispose qu'un comportement doit avoir « tendance à produire des effets anticoncurrentiels ». Des amendements à la législation ont clarifié davantage les critères de fond concernant des accords horizontaux injustifiables en matière de fixation de prix, de partage de marché, d'exclusion des concurrents et de soumissions concertées. Il ressort des pratiques de mise en

œuvre et de la jurisprudence qu'un traitement quasiment *per se* est appliqué aux restrictions horizontales injustifiables, c'est-à-dire aux accords conclus entre des concurrents en vue de fixer des prix, des quotas ou de se répartir des marchés. Les décisions récentes du TDLC invoquent le pouvoir de marché comme élément pouvant révéler l'existence d'un effet anticoncurrentiel. Les entreprises coupables de collusion doivent être condamnées dès lors qu'elles possèdent collectivement un pouvoir de marché, sans qu'il soit nécessaire de prouver que leurs actions ont effectivement causé un préjudice du point de vue de la concurrence. La Cour suprême a approuvé l'avis du TDLC en confirmant une décision prise à l'encontre d'un groupe de médecins dans la ville de Punta Arenas.¹¹ Cela étant, à ce jour, la plupart des décisions de la Cour suprême ont insisté sur la qualité des preuves de l'existence d'un accord.

Il est toutefois significatif que le TDLC considère également le pouvoir de marché dans un sens défensif, c'est-à-dire qu'un accord conclu par des parties n'ayant pas de pouvoir de marché ne sera pas considéré comme nuisible à la concurrence. Dans une affaire récente, *FNE vs. Asfaltos Moldeables de Chile S.A. et al.*,¹² le TDLC a rejeté une plainte formulée par le FNE à l'encontre de plusieurs producteurs de goudron, accusés de soumissions concertées. Le TDLC a estimé que le FNE ne prouvait pas l'existence d'un accord et, plus important encore, que cela n'avait de toute façon pas pu avoir une influence négative sur la concurrence parce que les entreprises accusées opéraient sur un marché concurrentiel.

Peu de poursuites pour collusions ont pu être menées à bien avec succès. Entre 2006 et 2007, trois décisions ont été rendues concernant des pratiques horizontales de collusion : il s'agissait des affaires *Agencias Navieras*¹³, *Oxigeno*¹⁴ et de l'assurance-santé. Toutes se sont soldées par des acquittements, soit en première instance par le TDLC, soit en appel par la Cour suprême. La question fondamentale consistait à savoir si les preuves indirectes suffisaient à prouver qu'il y avait eu un accord, explicite ou implicite, entre les acteurs (Gonzalez, 2008). Ces décisions imposent une charge de la preuve très lourde sur le FNE en cas d'utilisation de preuves indirectes. En l'absence de preuves suffisantes d'un accord, il ne semble pas que l'existence d'un comportement parallèle suffise pour permettre d'engager avec succès des poursuites. Avec la norme actuelle, il paraît très difficile de prouver qu'il y a eu collusion en l'absence de preuve directe.¹⁵ Certains signes semblent toutefois indiquer qu'une évolution est en cours. La Cour suprême a ainsi confirmé un arrêt du TDLC qui concluait à l'existence d'un accord dans l'affaire de la guerre des téléviseurs à écrans plats en se fondant sur des preuves indirectes, à savoir le nombre d'appels téléphoniques entre les parties concernées, et non sur le contenu de ces appels. Cela étant, il est encore trop tôt pour savoir si cette décision traduit une nouvelle tendance dans la jurisprudence relative aux

ententes. Le FNE a maintenu ses poursuites. En décembre 2008, il a accusé les trois principales pharmacies de collusion concernant des hausses des prix de plusieurs médicaments vendus sur ordonnance. Les accords horizontaux contraires à la concurrence sont passibles de sanctions ou de recours tels que des amendes infligées aux sociétés et aux cadres ayant participé aux accords, des injonctions de modifier ou de dénoncer des actes ou des contrats, ou encore une modification, voire une dissolution des entreprises concernées, ou d'autres mesures correctrices ou restrictives destinées à corriger les effets d'un tel accord.

Les groupes ou associations ne sont pas soumis à des dispositions spéciales et les interdictions générales s'appliquent aux mesures prises par de telles structures. Il y a eu plusieurs affaires impliquant des associations professionnelles. Par exemple, dans l'affaire *FNE contre AM Patagonia S.A. et al.*, le TDLC a imposé des sanctions à 74 des 84 médecins de la ville de Punta Arenas pour collusion aux fins de fixation des tarifs pour la prestation de divers services médicaux par l'entremise d'une société conjointe. Les médecins ont dû acquitter une amende fixée à 15 unités d'imposition, à l'exception du responsable de l'accord, qui s'est vu infliger une amende de 30 unités d'imposition.¹⁶

En ce qui concerne les accords entre concurrents ne desservant pas la concurrence, le TDLC a approuvé un projet de construction de cinq centrales hydroélectriques mené par une co-entreprise réunissant les deux plus gros producteurs d'électricité. Cela étant, cette approbation a été assortie de certaines restrictions obligatoires visant à garantir aux nouveaux entrants un accès ouvert aux installations de transport¹⁷. Cette question a fait l'objet d'une procédure consultative. Lorsque de telles procédures sont mises en œuvre, les recours consistent en des injonctions ou des recommandations destinées à atténuer les risques de l'accord, de la même façon que pour l'analyse des fusions horizontales.

Un programme de clémence a maintenant été autorisé et le FNE a obtenu la possibilité de recueillir des preuves grâce à des perquisitions-surprises. Ces pouvoirs supplémentaires acquis par le biais de la législation adoptée en 2009 facilitent l'obtention de preuves directes d'une collusion.

2.2. Accords verticaux

Les accords verticaux sont également visés par le principe général énoncé à l'article 3 selon lequel tout acte ou contrat qui empêche, limite ou entrave la libre concurrence ou tend à produire de tels effets est passible de sanctions.

Parmi les exemples d'accords interdits aux termes de l'article 3(a), on pourrait citer les accords verticaux courants sur les prix et les exclusivités territoriales.

Traditionnellement, les restrictions verticales étaient condamnées si elles étaient perçues comme allant à l'encontre des droits économiques. Le pouvoir de marché et les efficacités économiques n'entraient pas en ligne de compte. Ainsi, tout refus de vente non assorti d'une justification plausible était condamné. La discrimination par les prix était considérée comme illégale, sauf si les rabais ou autres conditions favorables étaient accordés à tous les acheteurs moyennant des critères « objectifs ». Les remises sur quantité justifiées par les coûts étaient également considérées comme objectives, mais les différences de prix reflétant d'autres différences au niveau des coûts n'étaient pas toujours acceptées.

Aujourd'hui, les décisions mettent l'accent sur les conséquences économiques. La *Comisión Resolutiva*, ancêtre du TDLC, a confirmé un certain nombre de clauses figurant dans des accords de distribution exclusive relatifs à une huile moteur de marque parce qu'ils avaient pour effet d'accroître le nombre des importateurs et des distributeurs et qu'ils favorisaient ainsi l'efficacité à long terme.¹⁸ Le TDLC applique des normes similaires aux accords de franchise ou de distribution et aux plaintes pour refus de vente. Dans l'affaire *Jorge Delgado Méndez contre Copec S.A.* il a déclaré que d'une manière générale, les franchises étaient des contrats efficaces et donc non restrictifs.¹⁹ De façon générale, le TDLC ne condamne pas les dispositions ou pratiques découlant de tels accords, même s'il s'agit à première vue de restrictions, et fait ressortir à ce propos l'importance des efficacités à long terme.²⁰

Une approche différente est appliquée aux restrictions verticales utilisées pour verrouiller un marché ou pour permettre une coordination entre des concurrents. Dans ce cas, l'analyse est menée en termes de pratiques d'exclusion abusives²¹ ou d'accord horizontal. Lorsque des aspects d'un accord vertical risquaient d'entraîner un manque de transparence du marché ou de dissuader certains acteurs de rester sur le marché, le TDLC a proposé des mesures correctives ayant pour objectif de limiter les comportements opportunistes.²² Dans l'affaire *AGIP A.G. contre Supermercados Líder* où l'on soupçonnait une discrimination au niveau de la distribution et de la vente au détail dans des chaînes de supermarchés, le TDLC a soutenu que les points de vente au détail devaient assurer la transparence des conditions de vente des produits dont ils assurent la distribution et la revente (voir l'encadré 1).²³

Encadré 1. Affaire AGIP A.G. contre *Supermercados Líder*

L'AGIP, l'Association des fournisseurs de détail, a demandé au TDLC une consultation à propos de la tactique adoptée par Líder, une grande chaîne de supermarchés. Un fournisseur, Nestlé, avait refusé de participer à une de promotion de Líder. Líder a réagi en enlevant les produits Nestlé de ses rayons ; en revanche, ces produits figuraient toujours sur les affiches promotionnelles.

Pour examiner ce litige, le TDLC s'est également penché sur d'autres plaintes couramment formulées par des fournisseurs à propos des pratiques des chaînes de distribution, par exemple la commercialisation de produits sous leur propre marque, les ventes à perte ou encore la modification unilatérale des termes des contrats passés avec les fournisseurs. Le TDLC a fait remarquer que les conditions de vente ainsi que d'autres aspects des relations avec les fournisseurs devraient être fixés de manière objective et non discriminatoire, et que les chaînes de distribution ne devaient pas modifier unilatéralement des prix ou des conditions préalablement négociés.

Le TDLC a également ordonné aux deux chaînes de notifier par avance toute proposition de fusion ou d'acquisition, mais la Cour suprême a annulé cette injonction.

2.3. *Position dominante-monopole*

L'abus de position dominante est depuis toujours au cœur de la mise en œuvre de la législation sur la concurrence. L'interdiction énoncée à l'article 3(b) contient des exemples de comportements pouvant être considérés comme des abus de position dominante : prix abusifs, ventes liées ou répartition de marchés. L'article 3(c) interdit « les pratiques d'éviction ou les pratiques concurrentielles déloyales ayant pour objectif d'atteindre, de conserver et d'accroître une position dominante ». Les décisions du TDLC ont ensuite permis de préciser le champ d'application de la loi. Les accords verticaux, notamment les clauses qui aboutissent à une exclusion du marché, par exemple les accords d'exclusivité verticaux, les clauses portant sur les prix ou d'autres restrictions, sont considérées comme les instruments d'un abus de position dominante. Les notions d'abus et d'exploitation abusive sont explicitement citées dans la loi sur la concurrence. N'importe quelle disposition contractuelle peut être interprétée comme constituant un « abus » si elle vise à mettre des obstacles injustifiés à l'entrée dans le but de créer ou de renforcer une position dominante. Une liquidation fictive opérée pour exclure des concurrents d'un marché peut aussi être considérée comme une pratique abusive.

Qui dit domination dit pouvoir de marché. La détermination du pouvoir de marché dépend généralement de l'absence de remplaçants efficaces, ainsi que d'autres facteurs mettant en évidence la capacité à agir unilatéralement. Le fait

de détenir des parts de marché importantes n'entraîne pas une présomption de pouvoir de marché, bien que de l'existence de parts de marché on puisse aussi parfois inférer l'existence d'un pouvoir de marché. D'une manière générale, le TDLC étudie si la structure du marché est concurrentielle, par exemple en évaluant les concurrents potentiels, de façon à déterminer si une entreprise a le pouvoir d'imposer unilatéralement des conditions. L'accent mis par cette analyse peut varier. Par exemple, dans l'affaire *Voissnet S.A. et FNE contre CTC*,²⁴ le TDLC a évalué la dominance en se fondant sur les parts de marché, parmi d'autres facteurs.²⁵ En revanche, dans l'affaire *GPS Chile S.A. contre Entel PCS S.A.* le TDLC a conclu qu'Entel ne détenait pas de pouvoir de marché parce que d'autres opérateurs pouvaient entrer sur le marché²⁶.

Un comportement qui, pour inéquitable qu'il soit, n'entrave pas la concurrence sur le marché dans son ensemble, ne sera pas considéré comme une violation de l'article 3, même s'il peut donner lieu à une plainte privée pour concurrence déloyale. Le TDLC ne considèrera pas comme « abusif » un comportement efficient du point de vue économique.

L'exploitation est une violation, comme le montre l'affaire *FNE contre LAN Airlines S.A. et LAN Cargo S.A.* (2006),²⁷ qui concernait des services de fret aérien et de stockage en entrepôt fournis par Fast Air. Jusqu'en 2003, EPA était le seul fournisseur de services de stockage de la ville de Punta Arenas. Ses installations étaient situées à 21 kilomètres de l'aéroport et LAN prenait à sa charge le coût du transport intérieur qu'il incluait dans les honoraires de fret aérien pour les services à destination de Punta Arenas. A la suite de la constitution de la société Fast Air, fournisseur d'entrepôts entièrement contrôlé par LAN, LAN a commencé à facturer séparément les coûts du transport terrestre, les prix des services de stockage de Fast Air étant supérieurs de 400 % à ceux pratiqués par EPA. Le TDLC a conclu que LAN exploitait les importateurs qui devaient choisir entre payer des frais supplémentaires pour couvrir le transport intérieur vers les installations d'EPA, ou acquitter un prix très élevé pour utiliser les services d'entrepôt de Fast Air à l'aéroport. Il a souligné à cette occasion les preuves de l'absence de concurrence au sens où les prix effectifs du fret aérien n'avaient pas diminué après l'entrée de Fast Air. Des violations ont été relevées sur le marché du fret aérien comme sur celui des entrepôts sous douane. La compagnie nationale a été condamnée à payer une amende de 150 000 USD et contrainte de revoir ses prix. Le TDLC a également proposé l'adoption de modifications d'ordre réglementaire ainsi que d'autres mesures visant à promouvoir la concurrence dans les entrepôts sous douane des aéroports.

L'affaire qui a opposé en 2008 *FNE à Empresa Electrica de Magallanes, S.A.* dans l'énergie électrique offre un autre exemple de comportement d'exploitation abusive. EDELMAG a augmenté les tarifs de l'électricité à

Puerto Williams au-delà des formules d'indexation des prix contenues dans son contrat de concession, sans qu'aucun changement de circonstances ne justifie cette majoration. Ce comportement a été jugé abusif et la société a été condamnée à verser 400 unités fiscales, soit 173 millions CLP.²⁸ Le TDLC a par ailleurs ordonné à EDELMAG de renoncer à ce comportement.

Les décisions relatives aux refus de vente et aux discriminations par les prix ont souvent mis l'accent sur l'utilisation de critères objectifs. Ainsi, dans une affaire impliquant des films, les défendeurs ont été enjoins d'adopter et de mettre en œuvre un système de distribution fondé sur des critères standard, généraux et objectifs.²⁹ Dans le domaine de la discrimination par les prix, le TDLC a ordonné à des sociétés d'utiliser des critères généraux et, dans certains cas, il a aussi imposé des amendes. Dans l'affaire *Demarco S.A. et FNE contre Coinca S.A. et la I. Municipalidad de San Bernardo* par exemple, le TDLC a ainsi imposé une amende de 145 millions CLP (pesos chiliens) au propriétaire d'une décharge. Les prix qu'il facturait aux transporteurs de déchets concurrents étaient considérablement plus élevés que ceux qu'il avait indiqués lorsqu'il avait soumissionné pour ces services. Le TDLC a considéré cette offre basse comme une tentative d'empêcher la concurrence et a ordonné au défendeur de se conformer strictement à une décision antérieure qui imposait de rendre publics les prix sur une base objective et non discriminatoire.³⁰ On peut citer également une autre affaire impliquant un opérateur de cartes de crédit, Transbank, accusé de comportement abusif et finalement reconnu coupable d'avoir abusé de sa position dominante en appliquant des prix discriminatoires et déloyaux aux sociétés acceptant ses cartes et en conservant une structure de prix discriminatoire vis-à-vis des émetteurs de cartes. Le TDLC lui a infligé une amende de 35 millions CLP.³¹

Dans six affaires portant sur des comportements d'exclusion, le TDLC a imposé des amendes et ordonné aux sociétés de lancer des adjudications ouvertes et de modifier les contrats imposant des clauses d'exclusivité ou d'autres contraintes. Par exemple, dans l'affaire *Phillip Morris contre Chilena de Tabacos S.A. (Chiletabacos)* (2005)³², le TDLC a décidé que Chiletabacos avait imposé à Phillip Morris des obstacles stratégiques artificiels à l'entrée qui venaient s'ajouter aux obstacles d'ordre structurel. Ces obstacles étaient contenus dans les contrats d'exclusivités négociés par Chiletabacos avec des points de vente indépendants pour la présentation et la vente de cigarettes.

C'est un comportement d'exclusion qui a provoqué la plus grosse amende jamais imposée au Chili, dans l'affaire *FNE contre Almacenes Paris y Falabella* (l'affaire de la guerre des écrans plats).³³ La Cour suprême y a confirmé une décision rendue par le TDLC à l'encontre de deux grands détaillants qui ont boycotté une manifestation promotionnelle spéciale lancée par une banque,

privant ainsi les consommateurs de la possibilité d'acheter des téléviseurs à écrans plats à un prix très intéressant (voir l'encadré 2).

Encadré 2. La guerre des téléviseurs à écrans plats

Le Banco de Chile a conclu un contrat avec deux sociétés, Travel Club et Duty Free TC, pour qu'elles gèrent son programme de primes en dollars et qu'elles organisent des manifestations, des promotions et des campagnes de publicité pour ses cartes de crédit. La société Duty Free a organisé une foire qui devait se dérouler pendant plusieurs jours dans un centre d'exposition, la « Casa Piedra ». Pendant cette foire, les utilisateurs de la carte de crédit du Banco de Chile avaient la possibilité d'acheter des produits dans le cadre du programme de primes en dollars et de bénéficier de conditions pouvant aller jusqu'à 12 versements sans frais. Les prix pratiqués représentaient des rabais pouvant aller jusqu'à 30 %. Les organisateurs avaient réuni des distributeurs chargés de fournir les produits et le Banco de Chile avait fait la promotion de cette manifestation auprès de ses clients.

Les défenseurs, *Falabella* et Paris, sont deux gros détaillants spécialisés dans l'électroménager et l'électronique. Chacun d'eux représente environ 50 % des ventes des distributeurs ayant accepté de participer à la foire. Cette foire représentait donc une menace pour les affaires des défenseurs, aussi bien pour les ventes au détail des produits concernés que pour les cartes de crédit commerciales. Sous la pression des défenseurs, les distributeurs ont renoncé à participer à la foire.

Banco de Chile a intenté un procès devant le TDLC et le FNE a présenté au TDLC une requête alléguant un comportement abusif et une situation de collusion. Le FNE a soutenu que le boycottage avait un motif d'exclusion très clair et qu'il visait à empêcher l'entrée d'un nouveau concurrent. Le FNE a également souligné l'importance des points de vente au détail des défenseurs pour ces distributeurs et a insisté sur le fait qu'ils avaient réussi à faire pression sur les distributeurs pour qu'ils se retirent de la foire.

Afin de prouver que les deux sociétés s'étaient mises d'accord sur le boycottage, le FNE a utilisé des enregistrements de conversations téléphoniques, des courriers électroniques et des déclarations émanant de dirigeants des défenseurs et de leurs fournisseurs. La collusion a été prouvée grâce à des communications répétées entre les dirigeants des sociétés, suivies de pressions coordonnées sur leurs fournisseurs respectifs afin de les empêcher de participer à la foire commerciale. Ils ont également tentés d'impliquer un troisième distributeur dans le boycottage.

Le TDLC a défini le marché concerné comme comprenant à la fois le service de cartes de crédit dans les magasins de détail pour l'achat d'appareils électroménagers et de produits électroniques et la distribution et la vente au détail de ces mêmes articles. Les rabais et primes accordés aux clients qui utilisent les systèmes de cartes de crédit des détaillants constituent un aspect important de la concurrence entre les revendeurs au détail au Chili. Le TDLC a estimé qu'il y avait eu collusion entre SACI Falabella et Paris S.A. et que les deux sociétés avaient abusé de leur position dominante. Il a donc condamné SACI Falabella et Paris S.A. à payer des amendes représentant respectivement 8 000 et 5 000 unités fiscales annuelles, soit USD 7 700 000 au total.

Dans le domaine des prix d'éviction, le TDLC a imposé une amende de 58 millions CLP³⁴ aux parties à une guerre des prix dans le secteur de la télévision par câble.³⁵ Dans l'affaire *FNE contre Empresas de TV Cable Loncomilla S.A., Holding de Television S.A. et CMET*, il est apparu que les défendeurs avaient proposé leurs services à des prix inférieurs à leurs coûts d'exploitation. Dans la mesure où TV Cable Loncomilla, l'opérateur historique, et CMET étaient en concurrence pour desservir les villes de San Javier et Villa Alegre, une guerre des prix a éclaté, et chacun a accusé l'autre de pratiquer des prix d'éviction. CMET a soutenu que ses prix, définis en réaction aux prix d'éviction pratiqués par Loncomilla, avaient pu être pratiqués grâce aux revenus excédentaires dégagés dans d'autres régions du pays. Loncomilla a pour sa part soutenu qu'il baissait les prix pour attirer de nouveaux clients. Le FNE a reconnu les deux opérateurs coupables de pratiquer des prix d'éviction, dans la mesure où les deux avaient réduit considérablement leurs prix sans justification. Aucune des deux parties n'a contesté cette accusation ; au contraire, CMET a même admis qu'il avait pratiqué des prix inférieurs à ses coûts d'exploitation, faisant valoir qu'ils étaient compensés par l'augmentation des recettes perçues dans d'autres régions. De plus, les prix facturés par cette entreprise dans d'autres villes étaient considérablement plus élevés que ceux demandés sur ce marché très convoité. Le FNE a fait valoir que les prix n'étaient pas limités dans le temps et ne devaient pas être utilisés comme argument promotionnel ni comme stratégie permettant de se positionner sur le marché. Le tribunal a approuvé cet avis et conclu que CMET avait l'intention de s'arroger une position dominante tandis que Loncomilla entendait défendre la sienne, et que les deux entreprises s'étaient lancées dans une « concurrence déloyale réciproque » qui, à long terme, risquait de nuire à l'un des deux concurrents, voire de l'exclure du marché.

Un arrêt de la Cour suprême de 2006 a fait de la pratique de prix d'éviction quasiment un délit en soi. Dans l'affaire *Producción Química y Electrónica Quimel S.A. contre James Hardie Fibrocementos Ltda.*, un tribunal divisé a, en interprétant différemment les faits, cassé un jugement du TDLC qui avait acquitté une société produisant des plaques de fibrociment. Le TDLC avait estimé que le défendeur n'était pas un acteur dominant dans la mesure où il ne possédait qu'une part de 32,5 % du marché, alors que l'entreprise leader, Pizarreño Pudahuel, en détenait 59,9 %. La Cour suprême a décidé qu'une entreprise n'avait pas besoin d'exercer un pouvoir de marché ou d'y occuper une position dominante pour pratiquer des prix d'éviction, dont l'objectif peut précisément consister à s'arroger une position dominante. Les deux juges ayant une opinion dissidente ont soutenu que le défendeur ne pouvait pas manipuler les prix, mais qu'il les avait au contraire abaissés en réponse à la tactique mise en œuvre par l'acteur dominant. La Cour suprême a également marqué son désaccord avec le TDLC à propos de la référence aux coûts pour les prix

d'éviction. En effet, le TDLC avait conclu qu'il n'y avait aucune intention d'éviction puisque les prix pratiqués par Hardie étaient supérieurs à ses coûts variables moyens, mais la Cour suprême a décidé qu'il s'agissait bel et bien de prix d'éviction puisqu'ils étaient inférieurs aux « coûts », sans toutefois préciser quelle était la mesure des coûts jugée pertinente en la matière. La Cour suprême a également jugé que l'importance des investissements effectués par le défendeur constituait une preuve d'obstacles à l'entrée, alors que le TDLC estimait que ces mêmes investissements ne créaient pas d'obstacle à l'entrée et qu'il s'agissait simplement des investissements que toute entreprise cherchant à entrer sur ce marché devait effectuer. En dernier ressort, la Cour suprême a condamné la société à une amende de 470 millions CLP.³⁶

Le TDLC, suivant en cela une interprétation de l'article 3 (b) de la Loi sur la concurrence, a eu recours à la doctrine des installations essentielles pour favoriser un accès ouvert et non discriminatoire aux réseaux fondamentaux contrôlés par des entreprises ayant une position dominante. Une fusion entre deux câblo-opérateurs a ainsi été approuvée à la condition que l'accès aux services internet à large bande soit ouvert, non discriminatoire et proposé à des prix concurrentiels.³⁷ Lorsque le TDLC a approuvé la demande présentée par deux sociétés de production d'électricité souhaitant construire et exploiter conjointement cinq centrales hydroélectriques, son autorisation était assortie de paramètres devant être utilisés par la nouvelle co-entreprise et par les consultants pour déterminer le prix de transfert. Le TDLC a ainsi ordonné que la tarification des installations de transport (c'est-à-dire les prix payés par des tiers) soient fondées sur des critères objectifs et non discriminatoires et que les contrats pour la conception de la ligne de transport prévoient un délai minimal afin qu'il soit possible à des parties indépendantes de formuler des demandes relatives à la capacité de transport de la ligne.³⁸ Cette doctrine a par ailleurs été appliquée aux projets de réglementations applicables aux adjudications en vue de la collecte de déchets solides, en proposant une séparation entre le marché de l'évacuation (avec un monopole pour le site de décharge) et les autres services pouvant être proposés dans des conditions concurrentielles.³⁹ Le TDLC a imposé une amende à une société de téléphonie qui, pour protéger ses activités, interdisait par contrat à ses clients grossistes d'utiliser sa plate-forme à haut débit pour rendre des services de voix sur IP. Le TDLC lui a en outre enjoint de modifier les clauses restrictives concernées.⁴⁰

Les monopoles d'infrastructures occupent une grande place dans les affaires relatives à des positions dominantes. Certains observateurs ont émis l'hypothèse que de nombreux pays sud-américains auraient fait une erreur en commençant par mettre en œuvre un droit de la concurrence inspiré du modèle américain, parce que celui-ci n'est pas nécessairement bien adapté pour réagir aux problèmes de fonds qui surgissent après une tradition d'intervention de

l'État dans l'activité économique (De Leon, 2001). En mettant l'accent sur les monopoles d'infrastructures, le Chili semble être une exception. Le TDLC et le FNE entretiennent des relations de travail étroites avec les autorités sectorielles de réglementation. Il est quelquefois bon que des facteurs ne relevant pas de la concurrence, par exemple l'intérêt du public dans une réglementation sectorielle, soient pris en compte dans l'examen des plaintes pour abus dans les secteurs réglementés. Dans une affaire impliquant un opérateur de téléphonie avec protocole Internet jouissant d'une position dominante, la Cour suprême a déclaré que le TDLC ne devait pas interférer avec les objectifs non concurrentiels de la réglementation du secteur.⁴¹

Les sanctions encourues en cas d'abus de position dominante sont les mêmes que pour d'autres violations. La Loi sur la concurrence donne au TDLC le pouvoir d'obliger une entreprise concernée à procéder à des cessions d'activités, et lui donne également le pouvoir de modifier ou de dissoudre des entreprises. Il n'en a toutefois jamais fait usage.

Dans certaines affaires, il a pu arriver que ce soit un abus « unilatéral » commis par plusieurs entreprises qui ait été en cause. Le fondement juridique d'une telle application de la loi sera peut-être précisé par un amendement en cours d'examen. Cet amendement aurait pour effet d'ajouter à l'article 3 (b), qui contient des exemples d'exploitation abusive, la notion de comportement abusif de la part d'un groupe d'entreprises.

2.4. Fusions

Le droit positif appliqué aux fusions est également matérialisé par l'article 3 de la Loi sur la concurrence, qui ne traite pas directement des fusions ou des acquisitions. Une fusion ou une acquisition peut être considérée comme une violation de la loi sur la concurrence si elle empêche, restreint ou entrave la libre concurrence ou si elle tend à produire un tel effet, auquel cas les parties concernées peuvent être sanctionnées une fois la fusion réalisée.

Le FNE a tenté de fournir des orientations sur l'analyse des fusions dans son « Guide interne pour l'analyse des opérations de concentration horizontale », qui n'a aucune force contraignante. Le FNE procède à l'analyse des fusions en se fondant sur ces orientations, qui disposent que l'analyse vise à prévenir les risques d'augmentation de la concentration sur le marché concerné résultant éventuellement de la fusion, ce qui pourrait accroître la probabilité d'adoption de comportements contraires à la concurrence. Parmi les risques pour la concurrence, on peut citer le comportement unilatéral de la société opérant la fusion et la coordination sur le marché postérieure à la fusion. Le

Guide met ces risques en balance avec les efficiences favorables à la concurrence.

La méthodologie commence par la définition du marché pertinent, à l'aide du critère SSNIP (« small but significant non transitory increase in price » ou hausse légère mais significative et non temporaire du prix). La concentration est mesurée par l'indice de Herfindahl-Hirschmann.⁴² Les parts de marchés sont généralement définies à partir du chiffre d'affaires, mais peuvent si nécessaire être fondées sur les volumes de ventes, sur la production, sur les capacités installées ou sur les réserves (par exemple dans les secteurs d'activité ayant un lien avec l'exploitation de ressources naturelles).

Outre la structure du marché, le Guide prend également en compte d'autres caractéristiques du secteur économiquement pertinentes, notamment les obstacles à l'entrée. Les entreprises qui se situent à un niveau inférieur à l'échelle minimale d'efficience ou qui ciblent uniquement des niches de marchés doivent être considérées comme peu susceptibles d'imposer une discipline aux entreprises en place. En plus des obstacles juridiques, le guide met particulièrement l'accent sur les coûts irrécupérables. Parmi les exemples énumérés, on peut citer les coûts de démarrage, par exemple les coûts engagés pour recueillir des informations sur un marché, la mise au point et l'essai de produits, l'installation de matériel, le recrutement de personnel, la mise en place de systèmes de distribution, les investissements dans des actifs spécifiques, la publicité et la commercialisation, la stratégie d'image et les services après-vente, la recherche-développement, l'innovation et la technologie ou encore les équipements, les infrastructures ou les moyens de production essentiels.

L'entrée sera plus ou moins facile selon qu'elle sera prévisible, planifiée de manière opportune et avec une taille suffisante. Le FNE prend en considération tout retard ou perte auquel les entrants potentiels doivent s'attendre pour entrer sur le marché. Les facteurs devant être pris en compte sont les coûts de transformation de la technologie, les coûts d'accroissement des capacités de production, les coûts d'adaptation des pratiques commerciales, l'échelle des activités (à savoir la taille des usines, les coûts de déplacement de la production et la maturité du marché), le délai nécessaire pour apprendre à optimiser les actifs spécifiques et la mise sur pied d'un réseau de distribution.

Le comportement stratégique constitue un autre facteur qu'il importe de prendre en compte lorsqu'il s'agit d'établir la capacité des entrants potentiels à pénétrer sur un marché. Parmi les exemples de comportements ainsi pris en considération, on peut citer les investissements (éventuellement excessifs) dans des capacités installées, les investissements (éventuellement excessifs) dans la publicité, les stratégies de tarification telles que la fixation de prix-limites ou les

guerres de prix régulières, la prolifération de produits et de marques pour saturer le marché, la loyauté politique, la réputation commerciale, les contrats à long terme comprenant des clauses d'exclusivité automatiquement renouvelables ou les comportements d'exclusion, ainsi que les actions ayant pour objet d'accroître les coûts des entreprises rivales.

Le Guide contient par ailleurs des dispositions consacrées aux entreprises défaillantes ainsi qu'à l'analyse des fusions étrangères ayant un impact sur le marché chilien.

Ce Guide représente une première étape dans la normalisation des règles de concurrence pour la surveillance des fusions. Le projet a été soumis au public pour commentaires en mai 2006 et la version finale est sortie trois mois plus tard. Les travaux menés par le FNE en vue de la préparation du Guide lui ont valu en 2007 le prix « Transparence, accès à l'information et probité dans l'administration publique » décerné par les pouvoirs publics. Le Guide constitue un outil de travail interne, qui contient des informations et orientations utiles à l'intention des entreprises et des parties intéressées par la manière dont le FNE aborde une affaire de fusion horizontale, soit qu'il décide de contester une fusion, soit qu'il prépare simplement un avis destiné au TDLC. En revanche, il ne donne aucune certitude, dans la mesure où le TDLC n'est pas lié par son contenu. Dans l'affaire *Falabella* par exemple (voir l'encadré 3), le TDLC a, lors de son analyse du marché, pris en compte des éléments qui ne font pas partie des méthodes habituelles préconisées dans le Guide sur les fusions horizontales.

Procédure de notification et de décision

Il n'existe pas d'obligation générale de notification et d'examen avant une fusion. Les fusions peuvent être contestées et examinées a posteriori dans le cadre d'une procédure contradictoire devant le TDLC. Cela étant, il peut également arriver que des parties demandent au TDLC d'examiner un projet de fusion avant sa réalisation. Dans ce cas, la procédure mise en œuvre n'est pas contradictoire et le FNE rend par écrit un avis qui peut être ou non suivi par le TDLC.

Le FNE, mais aussi toute personne intéressée, peut contester une fusion devant le TDLC. Celui-ci peut prononcer une injonction aux fins d'interdire la conclusion d'une transaction tant que la procédure de contestation est en cours. La durée maximale de cette procédure devant le TDLC n'est pas précisée. Le Guide du FNE indique que c'est le TDLC qui détermine la nature et la durée de la procédure applicable.

La procédure non contradictoire joue également un rôle de premier plan en tant qu'instrument de surveillance volontaire des fusions. Les fusions et acquisitions susceptibles de soulever des préoccupations en matière de concurrence sont de plus en plus souvent soumises volontairement au TDLC par les parties concernées. Si une consultation volontaire est engagée, la transaction ne peut pas être conclue pendant la période d'examen et il faut attendre que le TDLC rende une décision favorable. A l'occasion de cet examen, le TDLC peut décider de valider la transaction ou de fixer les conditions de son approbation. Les parties peuvent tirer plusieurs bénéfices de la procédure d'examen préliminaire. Si la transaction est approuvée et si les parties respectent les conditions fixées par le TDLC, leur responsabilité ne pourra pas être engagée. Une fois qu'une procédure non contestée a été engagée, il n'est plus possible qu'une procédure contestée soit engagée par exemple par le FNE, par un client ou par un concurrent. La Cour suprême ne peut pas annuler une décision prise par le TDLC dans une procédure non contradictoire, même si elle peut revenir sur les mesures et les conditions imposées dans la décision du TDLC. Cette procédure est régie par l'Instruction 5-2004 («*Auto Acordado* N° 5/2004») du TDLC. Le TDLC s'apprete à publier une instruction portant sur les renseignements qui doivent être fournis au cours de ces procédures. Un projet a été soumis au public pour commentaires en décembre 2008. Il peut être consulté sur le site du TDLC (www.tdlc.cl).

L'obligation de notification préalable aux autorités chargées de la concurrence ne s'applique qu'aux opérations dans les secteurs de la télévision et de la radio.⁴³ Dans ce cas, un délai préalable de trente jours doit être respecté. (Apparemment, les opérations impliquant des journaux doivent être notifiées a posteriori). Les banques et certaines autres institutions financières doivent également adresser une notification préalable de fusion au bureau du Surintendant des banques, et celui-ci peut demander aux institutions chargées de la concurrence d'examiner le dossier. Dans certains secteurs et branches d'activité économiques, par exemple les médias, la banque ou l'électricité, toute fusion doit être également approuvée par d'autres instances administratives. Par ailleurs, des restrictions spécifiques s'appliquent dans le secteur des ports, en vertu d'une décision prise par l'autorité de la concurrence précédente.⁴⁴ Enfin, le TDLC a rendu obligatoire une consultation préalable aux fusions pour certaines entreprises et certains marchés à titre de mesures correctives suite à des décisions qu'il a prises à propos de restrictions anticoncurrentielles.⁴⁵ La Cour suprême a rejeté l'un de ces arrêtés.⁴⁶

Le TDLC a souvent compté sur des mesures correctives au niveau du comportement ou sur des injonctions de cession d'activités pour résoudre les problèmes liés à des fusions dans le cadre d'une procédure non contradictoire. La fusion entre les deux principaux opérateurs de télévision par câble (VTR-

Metropolis) a été approuvée sous réserve que certaines conditions soient respectées, au nombre desquelles on peut citer : l'établissement d'une politique de prix standardisés ; l'interdiction d'acquérir des participations dans des opérateurs de télévision par satellite et de vendre des participations détenues dans ces opérateurs par l'entité issue de la fusion ; l'interdiction d'acquérir des participations dans des entreprises dominantes sur le marché de la téléphonie fixe ; et le gel obligatoire des prix de détail pendant trois ans.⁴⁷ Le TDLC a aussi pris un arrêt imposant une cession pour la reprise de BellSouth, une société de téléphonie mobile, par *Telefonica Movil*. Cet arrêt devait être appliqué notamment grâce à la cession, par appel d'offres, de licences dans la bande de 800 MHz à concurrence d'un certain spectre radioélectrique (25 MHz) et à l'organisation d'offres publiques pour vendre les plans de détaillants sans réseaux, entre autres conditions.⁴⁸ L'approbation demandée par un important conglomérat de radio (*Prisa*) en vue de l'acquisition d'une série de licences de radiodiffusion a été subordonnée à la cession de deux concessions de radiodiffusion sur les marchés locaux les plus affectés par l'opération envisagée. Par ailleurs, le TDLC a ordonné de limiter à deux ans le délai inscrit dans la clause de non-concurrence prévue dans l'accord d'acquisition et imposé une obligation d'autorisation préalable, par lui-même, de toute acquisition de licence de radiodiffusion ou de renouvellement des licences en cours. La fusion entre deux administrateurs de plans de pension et de retraite (ING AFP Santa Maria et AFP Bansander) a été approuvée sous réserve de la fixation, pour deux ans, d'une commission standard applicable à tous les clients, d'un montant inférieur ou égal aux commissions en vigueur le jour du dépôt de la demande, et de la limitation à deux ans de la clause de non-concurrence.⁴⁹

A une seule reprise, le TDLC a bloqué une fusion pour laquelle son avis avait été sollicité par les parties. Il s'agissait de la fusion proposée entre l'une des principales sociétés chiliennes de vente au détail, *Falabella*, et la plus importante chaîne de supermarchés, D&S (voir l'encadré 3).⁵⁰

Encadré 3. L'affaire *Falabella*

L'une des principales sociétés chiliennes de vente au détail, *Falabella*, et la plus importante chaîne de supermarchés, D&S, sont convenues en 2007 de fusionner. Il s'agissait de former une nouvelle entité dont *Falabella* détiendrait 77 % des actions et D&S 23 %. Cette entité issue de la fusion devait devenir la deuxième entreprise cotée sur le marché boursier local. Avec un chiffre d'affaires d'environ USD 8 milliards, elle se serait hissée au deuxième rang des plus grandes sociétés de vente au détail d'Amérique latine, après Wal-Mart au Mexique.

Dans une décision communiquée le 31 janvier 2008, le TDLC a rejeté la fusion proposée, au motif que les risques pour la concurrence ne pourraient pas être compensés simplement en y mettant des conditions. Lors de l'évaluation de ces conséquences potentielles, le TDLC a utilisé la notion de « vente au détail intégrée » recouvrant un ensemble de magasins de vente au détail, de centres commerciaux et de services de crédit à la consommation.

Le TDLC a estimé que la fusion proposée entraînerait un bouleversement de la structure du marché en créant une société qui serait dominante dans le secteur du commerce de détail et qui serait présente dans quasiment toutes les branches et toutes les fonctions : grands magasins, magasins d'aménagement de la maison, supermarchés, immobilier et financement. Le risque existait qu'elle étende à l'avenir ce pouvoir à d'autres domaines du commerce de détail, tandis que les conséquences de l'intégration risquaient de créer des obstacles à l'entrée d'autres participants. Retraçant l'historique du commerce de détail, le TDLC a mis en exergue les avantages d'une activité de « vente au détail intégrée » dans des fonctions telles que la gestion des stocks, le transport, la réfrigération ou d'autres. De plus, la nouvelle entité aurait eu un accès plus large au capital et aurait disposé d'une base plus large pour couvrir ses coûts fixes. Elle aurait eu davantage de poids pour négocier des conditions plus avantageuses auprès des fournisseurs. Elle aurait été dans une position privilégiée pour recueillir des informations sur les comportements des consommateurs en matière de consommation et de recours au crédit. Enfin, elle aurait pu conserver, voire étendre sa clientèle grâce à ses programmes de fidélité et à des cartes de consommation non bancaires.

Le TDLC a conclu que les services et les ventes complémentaires aboutiraient à créer un pouvoir de marché et à relever l'échelle minimale d'efficacité des activités, rendant ainsi l'entrée sur le marché plus difficile à d'éventuels concurrents. Parmi les risques spécifiques évoqués, on peut citer :

- L'acquisition de connaissances plus approfondies sur les modes de consommation des consommateurs et donc d'un avantage concurrentiel inaccessible à des concurrents plus petits pour identifier des niches de marché ;
- Le recours à des programmes de fidélité pour enchérir les coûts de transfert pour les consommateurs ;
- La mise en œuvre de stratégies de ventes liées entre les segments de commerce de détail contrôlés par les sociétés concernées ;
- La réalisation d'économies d'échelle et les marges d'économie au niveau des coûts complémentaires.

Le TDLC a mis en avant le caractère « dynamique » de sa conception d'un « marché de détail intégré », par opposition à l'analyse « statique » qui aurait été mise en œuvre si les préconisations du Guide du FNE sur le fonctionnement horizontal des fusions avaient été suivies. En effet, l'analyse aurait abouti à étudier séparément les supermarchés, les grands magasins, les magasins d'aménagement de la maison, les activités liées à l'immobilier et les services de financement. A l'inverse, le TDLC a examiné chacun de ses segments et il est arrivé à la conclusion que la fusion aboutirait à concentrer fortement le marché et que les avantages obtenus grâce à l'intégration de services complémentaires auraient pour effet d'accroître de manière significative les obstacles à l'entrée.

Le TDLC a accordé une attention particulière à l'utilisation, par les sociétés de vente au détail, de systèmes de cartes de crédit non bancaires. Il a rejeté les éléments faisant état du recours croissant à de tels systèmes de cartes par d'autres détaillants. A l'inverse, il a fait valoir que la valeur de marque attachée à une carte émise par un détaillant en position dominante créerait un obstacle à l'entrée. Le TDLC a également soutenu que les cartes de crédit émises par les banques ne représenteraient une concurrence efficace que s'il y avait concurrence sur le marché de détail, mais que la fusion aurait pour effet de réduire cette concurrence.

Le TDLC a estimé que les avantages commerciaux considérés par les parties candidates à la fusion comme des sources d'efficacités à long terme constituaient en fait des sources de pouvoir de marché. Il a donc rejeté l'argument des efficacités favorables à la concurrence présenté par les parties parce que celles-ci n'ont pas expliqué comment ces efficacités seraient répercutées sur les consommateurs.

2.5. Concurrence déloyale

La concurrence déloyale est désormais visée par un texte de loi distinct. L'article 3 de la loi de 2007 sur la concurrence déloyale⁵¹ définit comme concurrence déloyale tout comportement contraire à la bonne foi ou à la moralité destiné à détourner des clients d'un acteur du marché par des moyens illégitimes. La loi cite plusieurs exemples de telles pratiques : tromperie (par substitution de produits ou de services ou par tout autre moyen), publicité mensongère, diffamation de concurrents, corruption commerciale, détournement de secrets commerciaux ou encore procès truqué engagé pour exclure un concurrent du marché. Les actions en concurrence déloyale sont engagées par les juridictions de droit commun. Les instances chargées de la concurrence ont un rôle subsidiaire. Si un tribunal de droit commun conclut à la réalité d'une concurrence déloyale, l'affaire sera transmise dans les deux ans au FNE qui devra poursuivre les poursuites en vertu de la loi sur la concurrence.

La concurrence déloyale est réputée entraver la libre concurrence, et constituer de ce fait une violation de la législation sur la concurrence dès lors qu'elle a pour but d'obtenir, d'accroître ou de maintenir une position

dominante. Ce principe a été ajouté à la loi sur la concurrence en 2003.⁵² (Auparavant, la loi sur la concurrence ne contenait aucune référence à la concurrence déloyale, mais plusieurs affaires comportaient pourtant des plaintes pour concurrence déloyale). Dans ses décisions, il est arrivé au TDLC⁵³ d'invoquer cette distinction, et des problèmes de concurrence déloyale liés à une situation de dominance, notamment dans le contexte des droits de propriété intellectuelle et des marques, figurent parmi les éléments ayant motivé plusieurs décisions du TDLC qui ont fait date.⁵⁴ Le TDLC a continué à jouer un rôle éducatif par les décisions qu'il a rendues dans un certain nombre d'affaires de concurrence déloyale qui ont été rejetées au motif qu'il était peu probable qu'elles aient des effets anticoncurrentiels sur le marché. Dans ces affaires, en dépit de l'absence d'effets anticoncurrentiels, le TDLC s'est efforcé d'apprécier si le comportement du défendeur répondait aux critères de la concurrence loyale.

Une affaire rejetée par le TDLC illustre bien ce rapport : dans l'affaire *Laboratorio Lafit Ltda. contre Laboratorios Pfizer Chile S.A.*,⁵⁵ la Cour suprême a confirmé le rejet, par le TDLC, de la contestation d'une campagne publicitaire qui tentait de discréditer un produit. Le TDLC a estimé qu'une campagne publicitaire comparative trompeuse risquait effectivement de contrevenir à la législation sur la concurrence si elle avait pour objectif de forger, de conserver ou d'accroître une position dominante, mais cela supposait de définir le marché risquant d'être ainsi dominé. Or, dans cette affaire, les informations soumises sur la taille du marché concerné étaient insuffisantes. Même en prenant en compte le plus petit marché de produits proposé, il a été établi que le défendeur n'était pas en position dominante.

La question de la réglementation privée de la concurrence déloyale par des associations professionnelles ne se pose pas au Chili. La constitution chilienne interdit en effet d'exiger l'adhésion à une association pour faire des affaires ou exercer une profession. De ce fait, les associations n'ont pas les moyens de faire appliquer une autoréglementation en matière de concurrence.

2.6. Protection des consommateurs

La protection des consommateurs est du ressort du SERNAC (*Servicio Nacional del Consumidor*). Le SERNAC et le FNE travaillent en collaboration étroite. Tous deux ont signé en 2006 un Accord-cadre de coopération institutionnelle destiné à mettre à la disposition du FNE dans les villes de province les infrastructures de bureaux nécessaires pour qu'il puisse recevoir des plaintes.

Encadré 4. Avis des consommateurs dans l'affaire *Falabella*

Le SERNAC a été entendu par le TDLC dans le cadre de l'affaire de la fusion *Falabella*.⁵⁶ A cette occasion, le SERNAC a mis l'accent sur les conséquences que la fusion aurait sur les consommateurs. Il a présenté une analyse de l'avis des consommateurs sur les marchés de la vente au détail et du crédit ainsi que des preuves des violations dont il était fait état sur ces deux marchés, et il a prédit qu'une concentration encore plus élevée aboutirait à une multiplication des plaintes.

L'exposé a commencé par une présentation générale de l'avis des consommateurs sur le marché de la vente au détail, fondée sur les études réalisées régulièrement par le SERNAC ainsi que par ses statistiques sur le nombre et les caractéristiques des plaintes. Selon le SERNAC, seuls 25 % des consommateurs pensaient que les sociétés se souciaient de résoudre leurs problèmes, un consommateur sur cinq estimait que les grands magasins leur avaient facturé des éléments sans leur consentement et 90 % des consommateurs déclaraient que les factures des grands magasins étaient impossibles à comprendre. Le SERNAC a indiqué par ailleurs que 23 % des plaintes qu'il recevait concernaient des grands magasins ou des supermarchés et il a estimé que la nouvelle entité issue de la fusion proposée ferait l'objet du deuxième plus grand nombre de plaintes au Chili. Dans son exposé, il a fait valoir que les informations données par les sociétés de vente au détail sur les conditions de crédit offertes par leurs cartes étaient insuffisantes et vagues et mis l'accent sur les différences très importantes relevées entre les taux d'intérêt pratiqués par différents concurrents, et même entre les intérêts facturés par un même grand magasin à des clients différents.

Le SERNAC a expliqué que les informations données par les grands magasins et les supermarchés sur leurs conditions de crédit étaient extrêmement compliquées. Par exemple, les frais facturés étaient répartis en différents éléments (taux d'intérêt, commissions, etc.) et ces éléments étaient eux-mêmes exprimés sous des formes différentes (pourcentages, unités indexées, etc.). En ce qui concerne la publicité, il y a eu des cas où les sociétés prétendaient que les clients pouvaient acheter sans intérêts, mais elles facturaient d'importantes commissions au titre de l'utilisation de leurs cartes de crédit. Des rabais étaient proposés sur les achats réglés avec des cartes du magasin, mais une fois pris en compte les intérêts et les commissions, les prix acquittés étaient globalement plus élevés que pour des achats réglés au comptant.

Le SERNAC a décrit les violations des règles de protection des consommateurs déjà commises antérieurement par les deux sociétés. La Cour suprême chilienne a déclaré nulle une clause de contrat invoquée par Falabella pour rendre des consommateurs responsables de transactions réalisées avec leurs cartes de crédit qui leur avaient été volées, et a ordonné à la société de dédommager les consommateurs à hauteur de USD 50 000. Plusieurs clauses abusives ont été également relevées dans les contrats relatifs aux cartes de crédit de D&S, notamment des clauses les obligeant à contracter une assurance et autorisant la société à changer unilatéralement les termes du contrat.

Le SERNAC a fait valoir que si la concentration augmentait et que si la concurrence diminuait encore, les consommateurs en subiraient les conséquences, non seulement en termes d'augmentation des prix, mais également en termes de multiplication des éléments nuisibles à la consommation tels que ceux qui venaient d'être décrits.

Le SERNAC n'a pas engagé de procédure devant le TDLC, mais il a participé à plusieurs affaires soumises par les parties privées ou par le FNE, en particulier la récente affaire relative à la fusion *Falabella*.

L'agence de protection des consommateurs a également participé à des affaires de violations de la loi antitrust sur les marchés de l'assurance santé privée et de la gestion des informations sur l'endettement.

Les consommateurs peuvent adresser leurs plaintes au FNE ou déposer leurs plaintes directement auprès du TDLC. Aucune action collective des consommateurs n'est explicitement prévue dans la loi sur la concurrence, mais toute partie représentant un intérêt légitime peut soumettre une affaire. C'est le cas des associations de consommateurs, si bien que des associations ont pu intenter des actions en justice pour violation des règles de la concurrence. Une ONG de consommateurs a ainsi engagé une procédure au motif que plusieurs banques s'étaient entendues pour empêcher les consommateurs d'obtenir de meilleures conditions de crédit.⁵⁷ Dans une autre affaire portant sur des cartes de crédit, une association de consommateurs s'est plainte de la violation des règles de publicité édictées par l'autorité de la concurrence.⁵⁸ Deux associations de consommateurs ont rejoint le mouvement d'opposition à la proposition de fusion *Falabella*. Elles se sont également associées au FNE lorsqu'il avait tenté, en vain, de contester un monopole accordé par la loi en faveur de l'Association commerciale de Santiago qui était chargé de gérer et d'exploiter un système officiel d'information sur l'endettement et qui facturait à ce titre des tarifs très élevés.⁵⁹

Le nombre des ONG se consacrant à la protection des consommateurs a augmenté. Des fonds publics ont été alloués au développement de ces organisations.

3. Institutions : structure et pratiques de mise en œuvre

La loi sur la concurrence de 2003 a introduit d'important changement dans les instances chargées de faire appliquer la législation. Les procédures ont pris un caractère plus accusatoire avec la création d'un tribunal spécialisé chargé de rendre des arrêts, le *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (« TDLC »), qui a le statut d'une chambre de justice. Les enquêtes sont menées par un organisme chargé de faire appliquer la loi, le procureur économique national ou *Fiscalía Nacional Económica* (« FNE »).

3.1. Institutions chargées de la politique de la concurrence

Le TDLC, qui statue sur les affaires et ordonne recours et sanctions, est un organe judiciaire indépendant, placé sous la supervision de la Cour suprême de justice. Il est présidé par un juge et comprend en outre quatre membres spécialisés, les « *Ministros* ». Tous sont nommés pour une durée de six ans. Le TDLC peut également compter sur les services de deux économistes et de trois juristes. Le président doit être un juriste professionnel de renom, ayant au moins dix ans d'expérience des affaires de concurrence et du droit économique ou commercial. Le président est nommé par le Président de la République à partir d'une liste de cinq candidats proposés par la Cour suprême et choisis à l'issue d'un examen public de leurs qualifications. Deux membres sont nommés par le Conseil de la Banque centrale et leurs qualifications font aussi l'objet d'un examen public. Les deux autres membres sont nommés par le Président de la République à partir de deux listes de trois candidats chacune proposées par le Conseil de la Banque centrale, également choisis à l'issue d'un examen public de leurs qualifications. Les décisions sont prises par l'organe réuni dans sa totalité et non en commissions. Les membres du TDLC exercent leurs fonctions quasiment à plein temps, même si le poste n'exclut pas l'exercice d'une autre activité professionnelle. Ils sont appelés à assister à des réunions ou à des auditions au moins trois fois par semaine. Avant les modifications intervenues en 2003, les membres de la Commission se réunissaient une demi-journée par semaine et n'étaient pas rémunérés. En plus des cinq juges, le TDLC emploie six juristes et économistes professionnels, sous la direction du Secrétaire du Tribunal.

Le Procureur économique national est à la tête du FNE, qui mène des enquêtes et présente des affaires de mise en œuvre. Le Procureur, qui doit être un juriste, est nommé par le Président du Chili à partir d'une liste de candidats sélectionnés à l'issue d'une procédure d'examen public, qui est mise en œuvre par l'instance chargée de recruter les hauts fonctionnaires (*Alta Dirección Pública*). Le Procureur peut être relevé de ses fonctions à condition qu'une motion soit déposée au préalable à la Cour Suprême. Le FNE relève du ministère de l'Économie du point de vue budgétaire, mais du point de vue de son organisation, il en est indépendant. Il s'agit d'un « service public décentralisé, qui possède un statut juridique et des actifs propres, et qui est indépendant de tout autre organisme ou service », sous réserve de la supervision du Président par le truchement du ministère de l'Économie, du développement et de la reconstruction. Il est chargé par la loi « d'exercer sa mission en toute indépendance », de « défendre à sa discrétion les intérêts [...] qui lui sont confiés » et de représenter « les intérêts économiques généraux de la communauté » (article 33).

Avant que les réformes engagées en 2003 aient eu pour effet de remplacer l'ancien système à trois niveaux par un système à deux niveaux, les chevauchements dans les compétences permettant d'ouvrir des enquêtes, conjugués à la complexité des règles régissant la possibilité de faire appel en cas de décision négative, étaient sources de confusion et pouvaient facilement donner lieu à une multiplication des procédures dans le cadre d'une recherche du « forum le plus favorable ». La simplification des rôles a permis d'éliminer une grande partie de cette confusion.

3.2. Procédures et pouvoirs de mise en œuvre

Le FNE doit étudier toutes les plaintes recevables. Il peut ouvrir une enquête d'office et il est autorisé à engager des enquêtes sectorielles sur des marchés particuliers. Les enquêtes du FNE ne sont régies par aucune réglementation spécifique. Les règles générales applicables aux procédures administratives sont définies dans la loi sur les procédures administratives et dans la loi sur la base générale applicable à l'administration fiscale. Le FNE se réfère par ailleurs à un manuel interne qui contient des lignes directrices relatives à ses procédures.

Lors de ses enquêtes, le FNE a le pouvoir d'obliger ses interlocuteurs à produire des documents et de s'assurer la coopération des organismes publics, des entités appartenant à l'État, des entreprises privées et des personnes physiques ; il est également habilité à demander des informations à n'importe quelle instance publique. Il peut citer des témoins à comparaître ; ces témoins peuvent être des représentants, des dirigeants ou des conseillers du défendeur, ou toute autre personne ayant potentiellement connaissance d'une infraction. Le FNE peut également inspecter les locaux des entreprises faisant l'objet d'une enquête avec leur accord. La législation de 2009 a maintenant renforcé les moyens d'investigation autorisant par exemple les perquisitions-surprises ou les écoutes téléphoniques. Ceci nécessite l'autorisation du TDLC et une décision d'un juge à la Cour d'Appel.

Lorsque le FNE ouvre une enquête, il doit en aviser la personne qui en est la cible, sauf si le TDLC le décharge de cette obligation. En effet, le FNE peut, sur notification au Président du TDLC, déclarer qu'une enquête doit rester confidentielle. C'est généralement le cas lorsque la divulgation de l'ouverture d'une enquête risque d'en menacer le bon déroulement.

Toute interférence avec une enquête du FNE ou tout refus non fondé de soumettre des informations est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à quinze jours d'emprisonnement. Les litiges éventuels concernant le respect des exigences de l'enquête sont tranchés par le TDLC.

La confidentialité des informations obtenues dans le cadre d'une enquête du FNE est garantie par la loi sur la concurrence. Celle-ci oblige les professionnels du FNE à tenir confidentielles les informations qu'ils ont obtenues en leur qualité officielle (Art. 42). Une fois qu'une action est engagée auprès du TDLC, c'est celui-ci qui décide au cas par cas du caractère confidentiel ou de la diffusion limitée des informations et des documents concernés. A la demande d'une des parties ou de sa propre initiative, le TDLC peut décider de garder de telles données ou informations confidentielles si leur divulgation risque de nuire à cette partie ou de saper les conditions concurrentielles sur le marché concerné. Le TDLC demande alors à la partie concernée de soumettre une version non confidentielle des données ou des informations visées. Le TDLC a récemment adopté des règles relatives à la confidentialité des informations communiquées pendant le déroulement des procédures (*Auto Acordado* n° 11/2008). Les agents publics en possession d'informations confidentielles doivent en préserver la confidentialité, à cette exception près qu'elles peuvent être utilisées dans le cadre des activités de mise en application de la loi et pendant le déroulement des procédures engagées devant le TDLC.

Après une enquête du FNE, les conclusions peuvent être soit consignées dans un rapport classé, qui constitue une décision administrative, soit faire l'objet d'un rapport au TDLC dans le cadre d'une procédure (contradictoire ou non) au cours de laquelle le TDLC sollicite l'avis du FNE, soit être reprises dans une accusation ou une plainte d'office (« *requerimiento* ») devant aboutir à une amende ou autre réparation. Toutes ces pièces sont publiques.

Une procédure « contradictoire » devant le TDLC commence par une accusation du FNE ou une plainte déposée par une partie privée. Les plaintes déposées doivent obtenir une réponse dans les 15 jours ouvrables ; ce délai peut toutefois être étendu à 30 jours. Le TDLC convoque ensuite les parties pour conciliation. Si celle-ci échoue, la procédure se poursuit par une période de « découverte » de 20 jours. Pendant les cinq premiers jours, les parties intéressées peuvent désigner des témoins. D'autres formes de preuves peuvent aussi être produites pendant toute la période. Les témoignages sont reçus par un seul juge, lors de sessions qui durent généralement une demi-journée par semaine et par juge. Ainsi, malgré la limite des 20 jours, il faut généralement plusieurs semaines pour recueillir tous les témoignages. Ceux-ci sont transcrits et consignés dans les dossiers de l'affaire, avec les documents soumis par les parties et tous autres éléments de preuve éventuels que le TDLC peut directement demander. A la fin de cette période de découverte, le juge convoque les parties pour une audition, qui consiste en un exposé des faits par les avocats des parties. Le TDLC rend ensuite sa décision. Le délai fixé pour cette décision est de 45 jours, mais il est quelquefois étendu.

Engager devant le TDLC une procédure « consultative » ou non contradictoire permet de déterminer la légalité d'un contrat ou d'une pratique. Une telle procédure peut être engagée par des parties privées ou par le FNE. L'une des applications de la procédure consultative consiste à passer en revue les fusions proposées, mais elle peut également être mise en œuvre pour examiner des contrats ou d'autres pratiques. Les parties concernées et toutes les autres personnes potentiellement intéressées par les conditions concurrentielles sur le marché concerné sont invitées à participer grâce à un avis publié au journal officiel. Le TDLC organise ensuite une audition publique avant de rendre sa décision. Lors d'une procédure consultative, il peut arriver que le TDLC prenne une décision contraignante imposant certaines conditions. Il peut par exemple ordonner une cession partielle, obliger les parties à offrir des produits ou des services dans certaines limites ou interdire à l'entité absorbée d'être présente sur certains marchés. Le TDLC peut par ailleurs bloquer purement et simplement une fusion, même au cours d'une procédure consultative, si une telle opération menace sérieusement la concurrence.

Dans les procédures contradictoires, le TDLC peut infliger des amendes ou prendre des décisions ordonnant aux parties de changer de comportement ou d'organisation. Ces décisions peuvent avoir pour effet de modifier ou d'éliminer des actes, des contrats, des accords, des arrangements ou des dispositifs anticoncurrentiels constituant des violations de la loi sur la concurrence. Le TDLC peut également ordonner la cession ou la dissolution de sociétés de personnes, de sociétés de capitaux ou d'entreprises commerciales dont l'existence repose sur des arrangements contraires à la concurrence. Des amendes administratives peuvent quelquefois être infligées à la personne morale contrevenante et à ses administrateurs, ses dirigeants ou aux personnes ayant participé à la violation de la loi. Le montant de l'amende dépend des avantages financiers tirés de l'infraction, de la gravité de l'infraction de la récidive éventuelle du contrevenant, mais ne peut toutefois être supérieur à 20 000 unités fiscales (soit environ USD 15 millions). Le non paiement de l'amende est passible d'une peine d'emprisonnement de 15 jours au plus ou d'amendes supplémentaires.

La condamnation à des amendes considérablement plus élevées a permis de sensibiliser davantage le public aux questions portant sur le droit de la concurrence et sur sa mise en œuvre. Entre 1974 et 2002, le total des sanctions annuelles imposées a atteint en moyenne USD 13 500 (après examen par la Cour suprême) et dans les affaires de monopoles, l'amende moyenne s'établissait aux alentours de 6 000 USD. Entre 2004 et mars 2008 en revanche, la moyenne annuelle totale s'est établie à USD 840 000, soit 62 fois plus, tandis que l'amende couramment infligée ressortait à environ USD 180 000, soit 30 fois plus. L'épisode le plus spectaculaire aura été l'amende infligée dans

l'affaire de la guerre des téléviseurs à écrans plats, où les sanctions ont atteint au total USD 10 millions, soit un montant dix fois supérieur à l'ensemble des sanctions imposées pendant les 28 années écoulées entre 1974 et 2002.

Il existe désormais un programme de clémence. La loi sur la concurrence prévoit la réduction anticipée des amendes administratives ou la pleine immunité de poursuites en échange d'une collaboration aux procédures mises en œuvre pour enquêter et détecter les ententes. Selon la législation adoptée en juillet 2009, en vigueur à partir du mois d'octobre, l'immunité totale peut être accordée à la première partie à une entente produisant des informations sur celle-ci, sous réserve que ces informations soient précises et exactes, puissent être vérifiées et soient suffisantes pour étayer l'accusation ou le « *requerimiento* » du FNE. Par ailleurs, cette partie devra s'abstenir de divulguer toute information jusqu'à ce que le FNE ait déposé plainte auprès du TDLC ou rejeté purement et simplement la plainte, et elle devra également s'abstenir de s'engager plus avant dans l'accord, sauf si le FNE estime qu'un tel approfondissement permettra d'atteindre les objectifs de l'enquête. D'autres parties à l'entente pourront bénéficier d'une réduction pouvant aller jusqu'à 50 % de l'amende dont ils sont passibles s'ils coopèrent avec le FNE en produisant d'autres informations utiles à la mise en œuvre des poursuites.

La législation de 2009 a également donné au FNE le pouvoir de se procurer des preuves grâce à des visites-surprises, de saisir des documents et d'intercepter des communications sans avoir besoin de l'autorisation expresse d'un juge spécial de la Cour d'appel. Aux termes de la loi sur la concurrence de 2003, le FNE pouvait engager une procédure de contestation d'une fusion uniquement sous une forme contradictoire. L'amendement autorise le FNE à engager une procédure non contradictoire qui pourrait être utilisée pour contester des fusions futures. Le montant maximal des amendes sera par ailleurs porté de 20 000 unités fiscales (soit USD 15 millions) à 30 000 unités fiscales (soit USD 22 millions).

Les procédures sont menées plus rapidement qu'avant 2004, où les membres de la Commission n'exerçaient leurs fonctions qu'à temps partiel. Cependant, il peut s'écouler un délai assez long entre la désignation des témoins et le recueil de leurs témoignages, entre le recueil des témoignages et l'audition, et enfin entre l'audition et la décision finale. Même les affaires soulevées par le FNE sont quelquefois très longues à traiter. Une fois que le FNE a décidé de porter une affaire contradictoire devant le TDLC, il peut falloir attendre entre six et huit mois pour qu'une décision soit rendue.

Les décisions sont rendues publiques, y compris celles qui concernent des affaires anciennes. Une entreprise privée a publié les décisions prises par la

Commission de la concurrence jusqu'en 2000. Le FNE a constitué une base de données contenant une synthèse de 736 décisions de la Commission de la concurrence et de 1 287 décisions de la Commission préventive ; celle-ci est accessible sur son site Internet. On trouve également sur ce site une base de données regroupant l'ensemble des décisions rendues par la Cour suprême depuis 2004 dans le domaine de la concurrence.

3.3. Examen judiciaire

Il est possible de faire appel des décisions finales du TDLC auprès de la Cour suprême dans le cadre d'une procédure spéciale (« *recurso de reclamación* »). Une autre peut être mise en œuvre devant la Cour suprême : il s'agit d'une procédure disciplinaire spéciale (« *recurso de queja* »), mais elle n'a jamais été utilisée pour contester une décision du TDLC. La portée de l'examen réalisé par la Cour suprême est large. Elle tranche sur les questions d'interprétation de la loi (« *casación* ») et procède également à des examens quant au fond. Depuis 2003, la Cour suprême est de plus en plus sollicitée dans des affaires de concurrence, notamment parce que les décisions du TDLC se sont multipliées. Parmi les questions ayant fait l'objet de décisions de la Cour suprême, on peut citer la qualité des parties pour solliciter un examen, la portée des pouvoirs du TDLC, la substance des analyses factuelles effectuées par le TDLC et des preuves produites par les parties, l'interprétation du droit positif ou encore le caractère suffisant des sanctions et autres recours.

La Cour suprême est un tribunal non spécialisé. Les affaires de concurrence sont traitées par la Troisième chambre pour les affaires constitutionnelles. Elles ne représentent qu'une fraction très minime des travaux de cette chambre qui traite essentiellement d'affaires relevant plutôt du droit administratif. La Cour suprême est consciente de l'importance de la prise en compte des analyses économiques, cependant, il lui manque le savoir-faire et les capacités techniques y afférentes et elle n'a pas le pouvoir de demander l'avis d'économistes spécialisés. Environ 95 % des affaires traitées par le TDLC puis portées en appel devant la Cour suprême ont été confirmées. Ce taux de réussite peut s'expliquer par le fait que les décisions du TDLC reposent sur des fondements solides, mais peut également être attribué aux limites qui pèsent sur la capacité de la Cour suprême à réexaminer intégralement les fondements économiques des affaires.

Des divergences entre les organes chargés de faire appliquer la loi et la Cour suprême ont été à l'origine d'incertitudes et d'instabilité. Le traitement réservé aux prix d'éviction dans l'affaire *Producción Química y Electrónica Quimel S.A. contre James Hardie Fibrocementos Ltda.* a mis en lumière les divergences de vues économiques entre la Cour suprême et le TDLC. Dans les

affaires d'ententes, les décisions de la Cour suprême ont eu pour effet de fixer la barre très haut en matière de preuves dans les affaires reposant sur des preuves circonstancielles.

3.4. Autres moyens permettant d'appliquer le droit de la concurrence

Les parties privées peuvent tenter d'obtenir réparation en déposant une plainte auprès du TDLC. Le TDLC doit informer le FNE de l'existence du procès. Le TDLC peut prendre une décision ordonnant de modifier ou d'abandonner un comportement, mais il ne peut pas accorder de dommages et intérêts.

Les dommages causés par une violation du droit de la concurrence peuvent être réparés au moyen d'un procès engagé devant une juridiction inférieure, mais uniquement après décision du TDLC établissant la violation. Le fait de subordonner le procès civil à une décision du TDLC est une innovation introduite en 2003. Désormais, les seules questions pouvant être portées devant une juridiction civile concernent le montant des réparations et le lien entre le dommage et l'infraction. Le plaignant n'a plus besoin de prouver la violation du droit de la concurrence, car celle-ci est établie par la décision du TDLC. A ce jour, aucune réparation n'a été octroyée après une décision du TDLC. Avec l'ancienne législation, quelques litiges privés sur des affaires de concurrence avaient eu lieu dans les années 90.

La loi sur la concurrence de 2003 a supprimé les poursuites pénales mais a relevé de manière substantielle le montant maximal des amendes administratives qui ont été multipliées par 24, passant de 10 000 unités fiscales mensuelles à 20 000 unités fiscales annuelles.

3.5. Questions internationales et coopération en matière d'application de la loi

La loi sur la concurrence n'aborde pas explicitement la question de l'extraterritorialité. Aux termes de la législation sur la concurrence précédente, il a été quelquefois décidé de refuser d'étendre la responsabilité aux entreprises juridiquement constituées en sociétés à l'étranger dont les actions avaient un impact sur l'économie chilienne.⁶⁰ Il y a eu quelques affaires dans lesquelles l'application extraterritoriale aurait pu soulever des difficultés. Ce principe est actuellement examiné dans le cadre d'une plainte déposée devant le FNE à propos d'une fusion.⁶¹ Le TDLC n'a pas encore fait connaître sa décision.

Les accords de libre-échange conclus avec plusieurs pays contiennent un chapitre consacré à la politique de la concurrence qui promeut la coopération

entre les instances chargées de la concurrence. Cette collaboration se concrétise grâce à des mémorandums d'accords ou des accords de coopération. Le FNE a signé des accords avec le Canada, le Costa Rica, le Mexique, le Brésil et le Salvador, et envisage d'ouvrir des négociations en vue de conclure de nouveaux accords avec plusieurs autres pays. Ces accords contiennent tous des dispositions relatives à l'assistance technique et la plupart d'entre eux comportent également des dispositions relatives à la coopération et à l'échange de renseignements aux fins de l'application de la loi.

Le FNE doit respecter les règles en vigueur au Chili qui limitent la portée des échanges de renseignements. Il s'agit de contraintes juridiques imposées aux organismes publics pour empêcher la divulgation complète d'informations pouvant être considérées comme essentielles à la protection des données confidentielles concernant des parties privées. Ces règles sont inscrites dans la Constitution (articles 5 alinéa 2, 8, 19, n° 4 alinéa 19 et n° 12), dans la loi sur la concurrence et dans la loi 19.653 de 2001. En vertu de la Constitution, toute information est réputée publique sauf si elle est expressément déclarée confidentielle en vertu d'une loi spéciale parce qu'elle affecte les droits des personnes physiques (article 8 de la Constitution). L'article 42 de la loi sur la concurrence garantit la protection des informations confidentielles obtenues dans le cadre d'une enquête du FNE et fait obligation à ses agents de ne pas diffuser les informations recueillies dans l'exercice de leur mission officielle. Enfin, l'article 13 de la loi 19.653 de 2001 définit la procédure administrative par laquelle des informations en possession d'organismes publics peuvent être divulguées. Une partie privée estimant qu'une telle divulgation risque de porter atteinte à ses droits peut la contester en vertu d'une procédure juridique définie dans l'article 14. Ainsi, les informations confidentielles recueillies auprès d'une partie privée ne peuvent pas être échangées sans que la partie concernée ait la possibilité de s'y opposer.

Le FNE et les autorités de la concurrence étrangères ont souvent des contacts informels pendant les enquêtes. Il est arrivé au FNE comme au TDLC de formuler des demandes d'informations en liaison avec des affaires traitées par le TDLC, même si cela ne s'est pas produit souvent.⁶²

Les entités étrangères bénéficient du même traitement que les entités nationales pour ce qui est de l'application du droit de la concurrence. Le principe de non-discrimination s'enracine dans plusieurs aspects du système juridique chilien qui remontent jusqu'au Code civil adopté en 1855. La Constitution de 1980 prévoit des mesures spécifiques à l'encontre d'un éventuel traitement discriminatoire de la part des autorités publiques. Cette obligation figure dans de nombreux accords internationaux signés par le Chili, en particulier dans le domaine de l'investissement étranger.

Pour prendre une décision, le tribunal tient compte d'éléments relevant de la politique commerciale et de l'impact sur les échanges de l'opération considérée. L'accès à des fournisseurs étrangers est généralement pris en compte dans l'analyse de la concurrence, dans la définition des marchés du côté de l'offre. Le Guide du FNE sur les fusions horizontales préconisent d'examiner les conséquences des opérations à l'étranger ayant un impact sur l'économie chilienne. Il n'est pas fait de différence significative entre les fournisseurs dont les installations de production sont situées au Chili et ceux qui sont implantés dans d'autres pays. Les droits de douane et autres réglementations du commerce extérieur sont pris en compte dans l'analyse de l'entrée sur le marché. Lors d'enquêtes récentes menées dans le secteur de l'acier ainsi que dans les industries de la levure et du ciment, le FNE a pris ces éléments en compte. Toujours selon les Lignes directrices pour l'analyse des fusions horizontales, les obstacles aux échanges internationaux sont des éléments-clés de la mesure du marché. Dans certaines affaires tranchées par le TDLC, la question des obstacles au commerce international a été explicitement abordée. Par exemple, dans une affaire concernant le secteur de la chaussure, le TDLC a décidé que vu l'absence d'obstacle significatif aux échanges, il était improbable que les défenseurs puissent jamais atteindre une position dominante sur le marché.⁶³

Les obstacles imposés par des mesures commerciales tels que les droits antidumping ou les droits compensateurs sont également pris en considération en tant que source d'éléments nuisant à la concurrence dans l'économie nationale. Les conflits potentiels entre politique commerciale et politique de la concurrence sont arbitrés grâce à l'intervention d'institutions dont les missions se recoupent. Le Procureur économique national préside la commission chargée de traiter les litiges commerciaux internationaux. Cette commission formule des recommandations à l'intention du Président de la République en vue de l'adoption ou au contraire de l'abandon de recours commerciaux. Le rôle fondamental du Procureur dans cette commission pourrait permettre de garantir que la manière dont les recours commerciaux pourraient affecter la concurrence dans l'économie nationale est bien prise en compte. Pour s'en assurer, la discrétion laissée au Procureur est limitée par la législation qui régit le fonctionnement de cette commission.

3.6. Ressources et priorités

Depuis 2004, le personnel du FNE a été renforcé, passant de 50 à plus de 80 personnes, tandis que son budget augmentait d'environ 30 %. Grâce à ces ressources et capacités supplémentaires, il a pris davantage de mesures et gagné en visibilité auprès du public. En 1999, les salaires de ses membres ont été relevés de façon à pouvoir retenir du personnel qualifié et à se comparer plus favorablement aux salaires plus élevés offerts dans le secteur privé. Le FNE

recrute également davantage de spécialistes en tant que consultants économiques ou juridiques.

Le FNE possède principalement deux grands services chargés de la mise en œuvre de la législation. Le Service juridique est chargé de mener les enquêtes. Le Service économique compte quinze économistes qui collaborent avec les juristes dans les enquêtes. Il faut citer également le Service des études, où neuf personnes fournissent le soutien analytique, réalisent des études sur les marchés et sont chargées des questions relevant de la réglementation, de la sensibilisation aux questions de concurrence et des relations internationales. Enfin, le FNE possède aussi un Service administratif chargé des ressources humaines et un Service des relations publiques ou institutionnel.

Tableau 1. Ressources du TDLC

	Années-personnes	Budget (en milliers de USD)
2007	20	1 243
2006	20	1 173
2005	19	943
2004	18	408

Source : FNE, 2008

Tableau 2. Ressources du FNE

	Années-personnes	Budget (en milliers de USD)
2009	84	5 189
2008	84	4 520
2007	63	3 684
2006	59	3 246
2005	54	2 790
2004	52	2 824
2003	56	2 100

Source : FNE, 2008

Le TDLC a peu varié en taille, mais son budget a triplé au fur et à mesure que ses capacités techniques se renforçaient. Il investit massivement dans le développement des ressources humaines au profit de son personnel chargé de l'organisation industrielle et des professionnels du droit de la concurrence. Pour postuler au TDLC, il est impératif de parler anglais couramment et ces compétences ont permis d'élargir son ouverture à l'international par rapport à celle de l'institution qui l'avait précédé, la Commission de la concurrence.

Tableau 3. Tendances observées dans les mesures relevant de la politique de la concurrence

	Accords horizontaux	Accords verticaux	Abus de position dominante	Fusions	Concurrence déloyale
2007 : Affaires engagées	10	3	66		
Sanctions ou injonctions requises	3	2	6		
Injonctions ou sanctions imposées	1		3	2	2
Total des sanctions imposées			USD 630 000		
2006 : Affaires engagées	5	4	43	12	4
Sanctions ou injonctions requises	1		12	4	
Injonctions ou sanctions imposées	2	1	4		1
Total des sanctions imposées	USD 2 689 000		USD 1 474 000		
2005: Affaires engagées	3		36	6	5
Sanctions ou injonctions requises	2		6	1	1
Injonctions ou sanctions imposées			5	1	5
Total des sanctions imposées			USD 685K		USD 42 000
2004: Affaires engagées	7	2	36	3	6
Sanctions ou injonctions requises	2	6	6	2	3
Injonctions ou sanctions imposées			3	1	1
Total des sanctions imposées			USD 76 000		USD 10 000
2003: Affaires engagées	5	1	25		8
Sanctions ou injonctions requises					
Injonctions ou sanctions imposées					
Total des sanctions imposées			USD 381 000		

Source : FNE, 2008

Les agents du FNE participent de plus en plus à des programmes de formation, au niveau national et international. Une bibliothèque spécialisée dans les ouvrages relatifs à la concurrence a été ouverte. Par ailleurs, le FNE a ouvert un site Internet qui informe le public de ses activités. D'une manière générale, on observe une amélioration substantielle à la fois dans le domaine des infrastructures physiques et dans celui du développement des ressources humaines.

Le FNE a adopté des normes de performance concernant le calendrier et la préparation de ses présentations au TDLC. A l'ordre du jour des mesures nécessaires pour renforcer encore la mise en œuvre de la législation figurent la réalisation d'études sur le renforcement de l'efficacité des sanctions imposées, d'études sur les techniques permettant de contester les ententes, l'examen des problèmes de soumissions concertées, un projet visant à améliorer le système informatique, des études sur la pertinence de l'adoption de lignes directrices sur des sujets spécifiques ou encore l'amélioration des lignes directrices relatives aux fusions horizontales.

En dépit des efforts récemment déployés pour développer la mise en œuvre de la législation de lutte contre les ententes, la proportion des affaires portant sur des abus de position dominante reste élevée. L'amélioration de la politique anti-ententes était un objectif de performance pour 2008 et plusieurs initiatives témoignent de ce souci, comme par exemple la constitution au sein du FNE d'un groupe spécial sur les ententes, la mise en œuvre d'un programme visant à contester les soumissions concertées dans les passations de marchés ou encore le soutien apporté à des propositions législatives visant à renforcer les pouvoirs d'investigation et les sanctions et à autoriser un programme de clémence.

Par ailleurs, le FNE envisage actuellement d'adopter des politiques plus strictes en matière de recevabilité des plaintes soumises par des parties, de manière à mettre en place une stratégie de rejet précoce des affaires ne risquant pas de soulever des problèmes de concurrence graves.

4. Régimes sectoriels et exclusions

Le champ d'application de la loi sur la concurrence est large. D'une manière générale, le texte ne prévoit ni exclusions ni exemptions, et il n'existe pas non plus d'exemptions générales qui seraient autorisées en vertu d'autres textes réglementaires. Avant les amendements de 2003, le pouvoir exécutif pouvait accorder des monopoles pour des motifs d'intérêt national, après approbation de la Commission de la concurrence. Le TDLC n'a plus le pouvoir d'approuver et de désapprouver l'octroi d'un monopole et de plus, la loi sur la concurrence interdit aux pouvoirs publics d'accorder des concessions ou des

autorisations susceptibles de créer un monopole, sauf si cette mesure spécifique est autorisée par la loi (article 4).

Les entreprises appartenant à l'État ou gérées par la puissance publique se voient réserver le même traitement que les parties privées et elles doivent, dans leurs activités, respecter la loi sur la concurrence et les mécanismes de mise en œuvre de la législation. Les activités commerciales exercées par des entités publiques sans but lucratif peuvent également être examinées par le TDLC. Celui-ci a d'ailleurs eu à connaître de nombreuses affaires mettant en cause des restrictions ou abus commis par des entités liées aux pouvoirs publics. La plupart ont été rejetées quant au fond, car le TDLC n'avait conclu à aucune violation, tout en rappelant le principe selon lequel les activités concernées étaient soumises à la loi sur la concurrence. Si l'État manque de respecter certaines restrictions qui sont imposées à ses activités commerciales, les parties privées affectées par ce manquement peuvent obtenir réparation devant les tribunaux, par la voie de recours constitutionnels. Certains spécialistes ont fait valoir que le TDLC devrait également appliquer ces principes constitutionnels. Une décision récente pourrait venir confirmer cette approche : un organisme public chargé de lutter contre les feux de forêt s'est vu interdire de faire de la concurrence déloyale à une entreprise privée louant des hélicoptères à cette fin, mais le TDLC a rejeté l'accusation selon laquelle cette activité avait sur son concurrent un effet d'éviction.⁶⁴

La loi sur la concurrence ne prévoit pas de traitement spécifique aux petites et moyennes entreprises. Lors de l'examen de plaintes relatives au « pouvoir de l'acheteur », le TDLC a souligné que l'objectif du droit de la concurrence était l'efficacité.⁶⁵ Comme les préoccupations relatives aux petites entreprises ont perdu de leur importance dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, d'autres institutions ont entrepris de soutenir les PME. Le ministère des Affaires économiques est chargé de la promotion des PME et de la coordination et programmes de soutien des PME. Deux études ministérielles ont été consacrées à la relation entre les PME et la politique de la concurrence. Les auteurs de la première passent en revue la théorie économique et la législation relatives aux restrictions verticales et à la discrimination dans les relations en aval entre les grandes entreprises et les PME. Dans la seconde, on analyse le cadre et les instruments réglementaires permettant de protéger les PME des abus commerciaux.

4.1. Questions sectorielles et régimes spéciaux

Observations générales

Les réglementations sectorielles utilisent des outils familiers pour corriger les mauvaises affectations de ressources créées par les monopoles naturels tels que les installations de réseaux dans les services publics. Dans le secteur de l'électricité, les prix sont réglementés.⁶⁶ Des restrictions à l'entrée existent par ailleurs pour l'approvisionnement en eau et les concessions sur le spectre des fréquences radioélectriques. La réglementation de la structure du marché limite l'intégration verticale dans les sociétés de service public et conformément aux recommandations des autorités de la concurrence les services de télécommunications locales et longue distance ont été répartis entre différentes sociétés.⁶⁷ L'interconnexion est obligatoire lorsque le contrôle des installations essentielles par un exploitant ou un opérateur de réseau risque d'affecter l'efficacité de la concurrence entre les entreprises en aval ou en amont, comme par exemple dans la production et la distribution d'électricité ou les services de téléphonie fixe. La réglementation permet de répartir les ressources, par exemple le spectre des fréquences radioélectriques ou l'utilisation des droits sur l'eau pour la production d'électricité. Les quotas permettent de répartir les droits de propriété de façon à prévenir la surexploitation des ressources, par exemple les adjudications de droits de pêche négociables. Enfin, bien que cela soit moins justifié, la réglementation permet aussi de contrôler les entrées sur le marché des taxis : une loi de 2005 a ainsi gelé le nombre des taxis jusqu'en 2010.

Au Chili, les autorités de la concurrence et les autorités de réglementation sectorielle ont une tradition de coopération. Il n'existe pas de dispositifs ou de formalités régissant la coordination institutionnelle, et la coopération n'est pas obligatoire, sauf dans quelques situations. Il peut arriver occasionnellement que le TDLC s'occupe d'affaires impliquant des conflits de compétence avec des autorités de réglementation sectorielle. Lors la réglementation sectorielle impose des obstacles juridiques à l'entrée ou à la sortie, le FNE ou le TDLC peuvent examiner la réglementation afin de s'assurer qu'elle ne restreint pas inutilement la concurrence. Il peut arriver que le FNE ou le TDLC demande à l'instance de réglementation de réexaminer une réglementation s'il s'avère que celle-ci menace inutilement la concurrence. Si l'autorité de réglementation rejette la demande du FNE, celui-ci peut soumettre une demande officielle au TDLC et celui-ci peut formuler des recommandations de modification ou de suppression de la réglementation concernée. Dans l'affaire *FNE contre Ville de Curico*,⁶⁸ le FNE a demandé la suppression de mesures limitant la concurrence dans un appel d'offres pour des services de collecte, de transport et d'évacuation des ordures. Le TDLC a ordonné à la *Ville de Curico* d'acquitter

une amende symbolique de cinq unités fiscales. Un conflit entre le FNE et l'autorité de réglementation du transport aérien a motivé un procès à l'issue duquel le TDLC a condamné des pratiques concernant l'adjudication publique de fréquences aériennes entre Santiago et Lima, au Pérou.⁶⁹

Les secteurs qui seront examinés dans la présente partie sont ceux dans lesquels des modifications ont eu lieu, soit que le cadre réglementaire affectant la concurrence ait été amendé, soit que d'importantes décisions prises par le TDLC aient eu pour effet de créer de nouvelles règles en matière de concurrence.

Électricité

La loi sur l'électricité a été adoptée en 1982.⁷⁰ Elle prévoit une dissociation des sociétés du secteur, l'introduction de la concurrence dans la production d'électricité, un mécanisme de coordination de l'appel des groupes, la réglementation des tarifs de distribution et la facturation du transport. Le marché est réglementé par la Commission nationale de l'énergie et la Surintendance de l'électricité et des combustibles, agissant en vertu d'une réglementation de 1998 adoptée dans le but d'accroître la transparence et la concurrence.

La réglementation de l'électricité a été révisée depuis 2004, en grande partie pour résoudre certains problèmes qui risquaient de décourager les investissements dans le transport ou la production et pour créer de nouveaux mécanismes de résolution des litiges. Les modifications les plus importantes sont été apportées par la loi 19.940, dite « *Ley Corta* » (loi courte) et la loi 20.018, dite « *Ley Corta II* » (loi courte II). Il s'agissait essentiellement de préciser grâce à ces textes comment les parties investissant dans des actifs de transport pouvaient s'assurer de la rentabilité de leur investissement.

Les compagnies productrices vendent de l'énergie à des « clients non réglementés » par le truchement d'une entité composée des principaux opérateurs, le « *Centro de Despacho Económico de Carga* » (CDEC). Cette entité programme les livraisons en faveur des procédures de production les plus efficaces. Un marché au comptant a été créé par permettre aux producteurs de conclure librement des contrats avec d'autres producteurs pour les livraisons physiques commandées par le CDEC. Les contrats à long terme entre producteurs et distributeurs sont autorisés car ils favorisent les investissements et abaissent les obstacles potentiels à l'entrée.

La réglementation des prix au niveau du consommateur intervient conformément au modèle dit de l'entreprise efficace hypothétique. Les prix

facturés aux consommateurs sont redéfinis tous les quatre ans pour les sociétés de distribution. Les prix sont calculés sur la base de la valeur de remplacement de « modèles de sociétés » élaborés d'après l'hypothèse selon laquelle les services sont rendus de manière efficiente sur le marché par des sociétés qui dégagent un taux de rentabilité de 10%. Les consultants recrutés par l'autorité de réglementation et par les sociétés préparent des études de coûts. On établit une moyenne à partir des résultats obtenus ; une pondération de deux tiers est affectée à l'étude destinée à l'autorité de réglementation et une pondération d'un tiers est affectée à l'étude à l'intention des sociétés. Un « test de rentabilité » est effectué pour vérifier que les nouveaux prix produiront un taux de rendement effectif de 6–14% pour l'ensemble des sociétés considérées dans leur ensemble. Si ce n'est pas le cas, les prix définitifs sont ajustés proportionnellement de façon à ce que les taux de rendement effectifs se situent dans cette fourchette.

Avant les amendements effectués en 2004, les frais de transport devaient être convenus entre le propriétaire des installations de transport et la société souhaitant s'y connecter. La loi définissait les critères techniques et économiques ainsi que les procédures devant être utilisés par les deux parties pour déterminer les frais de transport qui devaient être renégociés tous les cinq ans. Ce modèle permet de définir un prix de gros obligatoire qui doit être recalculé tous les six mois en fonction des estimations de coûts marginaux à moyen terme ; au contraire, la facturation du transport de l'électricité encourage une implantation efficiente des centrales. S'il était impossible de parvenir à un accord, n'importe laquelle des parties pouvait demander la création d'une commission de spécialistes pour résoudre le litige. Les résultats obtenus par ces commissions ont été variables, parce que la réglementation n'était pas claire.

La question la plus intéressante reste l'intégration verticale du secteur. ENERSIS contrôle CHILECTRA, distributeur d'électricité dans la zone urbaine de Santiago, et détient également 60% du stock d'ENDESA, qui exerce à l'échelle nationale dans la production, et auparavant aussi dans le transport, par l'intermédiaire de TRANSELEC dont elle est propriétaire. Après plusieurs tentatives infructueuses pour démanteler ce montage, le FNE a obtenu en 1999 des instructions générales et une décision de la Commission de la concurrence aux termes desquelles il a été établi que ENDESA et de CHILECTRA ne pouvaient pas fusionner, qu'il ne pouvait y avoir aucune imbrication de leurs conseils d'administration et qu'elles devaient faire réviser leurs comptes par des cabinets différents.⁷¹

La déclaration la plus récente sur les normes de concurrence dans ce secteur émanait du TDLC. En 2007, celui-ci a approuvé la demande formulée par deux sociétés de production d'électricité pour construire et exploiter

conjointement cinq centrales hydroélectriques dans le sud du Chili. L'autorisation délivrée définissait les paramètres devant être utilisés par les consultants et la nouvelle co-entreprise pour définir le prix de transfert. Le TDLC a ordonné que la tarification des installations de transport (c'est-à-dire les prix payés par des tiers) soit fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires. Il a ordonné par ailleurs que tous les contrats relatifs à la conception de la ligne de transport prévoient un délai minimal de réception des demandes émanant de parties indépendantes à propos de la capacité des lignes de transport.⁷²

Télécommunications

La loi sur les télécommunications a été adoptée en 1982 et la réglementation des prix a été introduite en 1987. Les prix sont fixés librement sur le marché, sauf si des frais d'accès existent ou si le TDLC indique que certains prix spécifiques doivent être réglementés. Le TDLC a établi que les prix facturés aux consommateurs ne devaient être réglementés que pour les sociétés de téléphonie fixe ayant une position dominante, c'est-à-dire Telefonica CTC dans presque tout le pays et Telsur et Telcoy dans certaines régions du sud. L'instance chargée d'examiner les prix et les frais d'accès est le sous-secrétariat aux Télécommunications (SUBTEL).

Les prix réglementés et les frais d'accès sont revus tous les cinq ans sur la base de l'approche du modèle de société, c'est-à-dire sur la base d'une estimation des coûts qu'une société efficiente devrait supporter pour rendre les services considérés. Les critères et hypothèses spécifiques utilisés dans l'étude sur les prix figurent dans le cahier des charges défini par l'autorité de réglementation sur la base d'une proposition soumise par la société réglementée. Si la société n'est pas d'accord avec le cahier des charges fixé par l'autorité de réglementation, elle peut demander l'avis d'une commission d'experts sur le sujet. La décision finale revient au sous-secrétariat aux Télécommunications.

Dans les années qui ont immédiatement suivi la privatisation du secteur, la question principale était de savoir si le fait d'autoriser les sociétés de téléphonie locale à proposer des services longues distances allait nuire à la concurrence. Ce problème s'était posé de temps à autre depuis que la privatisation du secteur avait eu lieu en 1988, principalement du fait des tentatives de Telefonica, propriétaire de la *Compañía de Teléfonos* ("CTC"), (fournisseur de services de téléphonie locale) pour prendre le contrôle de *Empresa Nacional de Telecomunicación* ("ENTEL"), un fournisseur de services longues distances nationaux et internationaux. En 1993, la Cour suprême avait conclu que les services de téléphonie locale et de téléphonie longues distances ne devaient pas

être séparés, car une telle séparation aurait été difficile, et que le développement de la technologie allait probablement éliminer les justifications d'une telle séparation. Elle avait cependant décidé que l'entrée sur un nouveau marché devait se faire par le biais d'une filiale distincte.⁷³ Une modification ultérieure de la législation a permis de prendre en compte les principes de la Commission, à commencer par l'obligation faite aux fournisseurs de services locaux de mettre sur pied un système à ondes porteuses multiples de façon à ce que l'utilisateur puisse choisir son fournisseur de services longues distances. En 1998, la Commission de la concurrence a conclu que le contrôle des prix n'était plus nécessaire dans les services de téléphonie longues distances nationaux et internationaux. Par la suite (en 2001 et 2008), les institutions chargées de la concurrence ont également défini de quelle manière l'autorité de réglementation des télécommunications devait répartir le spectre des fréquences sur le marché de la téléphonie mobile. A ce titre, la Commission de la concurrence a ordonné que l'autorité de réglementation désigne par voie d'enchères les entreprises qui devaient obtenir des droits sur les fréquences.

Le problème le plus important débattu concerne la possible déréglementation des services de téléphonie fixe. Les problèmes de concurrence apparus depuis 2004 concernent principalement les interconnexions. Une décision prise par le TDLC en 2004 concernait l'approbation d'une fusion entre deux câblo-opérateurs. La proposition a été soumise à la condition que la fusion offre un accès ouvert et non discriminatoire à des services Internet à large bande à des prix concurrentiels.⁷⁴ Le TDLC a par ailleurs imposé une amende à une société de téléphonie pour abus de position dominante. Dans cette affaire, la société de téléphonie, pour protéger ses activités, interdisait par contrat à ses clients grossistes d'utiliser sa plate-forme à haut débit pour rendre des services de voix sur IP. Le TDLC a de plus ordonné à la société concernée de modifier les clauses restrictives.⁷⁵

Évacuation des eaux et des déchets

La réforme du secteur de l'approvisionnement et du traitement des eaux a nécessité l'adoption, à la fin des années 80, de quatre textes réglementaires portant sur le régime des concessions, le rôle de la Surintendance des services d'assainissement, le régime de tarification et les subventions destinées aux consommateurs à faibles revenus. La réglementation de l'eau et de l'évacuation des eaux usées n'a pas changé depuis 2004. Les services locaux sont assurés par un seul monopole, qui peut être public, privé ou mixte. Le ministère des Travaux publics accorde les concessions aux entreprises à l'issue d'enchères concurrentielles.

En 1997, la Commission de la concurrence a approuvé le rachat d'une compagnie d'eau par ENERSIS, fournisseur d'électricité dominant. La Commission a recommandé que ce rapprochement entre des sociétés de services publics fasse l'objet d'une surveillance étroite des pouvoirs publics. Puis, en 1998, elle a favorisé l'adoption de la loi sur les services sanitaires, qui a accru la transparence et a ouvert la voie à l'introduction future de la concurrence chaque fois que possible en limitant l'intégration entre des sociétés de services publics exerçant dans une même région.

La loi encourage également la concurrence en obligeant les sociétés de distribution d'eau et de collecte des eaux usées à autoriser d'autres sociétés ayant les mêmes activités à utiliser leur réseau et à conclure des contrats directement avec de « gros consommateurs ». Le TDLC est chargé de décider si des concessionnaires de services publics sont des monopoles naturels et doivent en conséquence être soumis à des tarifs maximum et à d'autres règles. La Surintendance applique le modèle de la société efficiente pour fixer les tarifs. La Surintendance des services sanitaires fixe les tarifs minimum et peut autoriser les sociétés ayant moins de 25 000 raccordements à l'eau à fournir conjointement des services si cela se traduit par des efficacités entraînant un abaissement des prix.

Le FNE s'est montré très actif pour traiter des affaires impliquant les conditions des adjudications pour les services d'évacuation des déchets. En 2006, il a déposé devant le TDLC une plainte à l'encontre des quatre plus grands fournisseurs de services d'approvisionnement en eau du Chili pour abus de position dominante par imposition de frais abusifs à des utilisateurs non urbains. A la demande du FNE, le TDLC a adopté un ensemble d'instructions générales relatives aux adjudications dans ce secteur.⁷⁶ Ces instructions visent à définir les critères de base permettant de soumissionner sur ce marché, de façon à garantir une publicité, une transparence et un accès au marché adéquats, ainsi que l'existence de conditions objectives générales, uniformes et non discriminatoires pour favoriser la participation du plus grand nombre d'enchérisseurs possibles et l'entrée de nouveaux acteurs à différents stades du processus de traitement des ordures ménagères. Les instructions établissent également que les sociétés qui fournissent des services de gestion des ordures ménagères, que ce soit au stade intermédiaire ou lors de stades ultérieurs, doivent réserver le même traitement à tous les utilisateurs et à tous les consommateurs qui ont besoin de ces services, qu'ils soient ou non leurs concurrents, et s'abstenir de toute discrimination arbitraire.

5. Questions de concurrence dans les procédures réglementaires et législatives

La sensibilisation aux questions de concurrence s'entend au sens large. Les activités concernées peuvent consister à témoigner, à fournir des contributions ou des rapports au parlement, aux ministères, aux tribunaux, aux autorités de réglementation sectorielle ou aux municipalités, ou encore prononcer des discours à l'intention de professionnels et d'associations professionnelles, d'institutions universitaires, de conférences et d'articles à des fins de publication. Même la tenue de conférences avec explication au public de l'importance et des conséquences de la concurrence et des principes de marché pourrait être considérée comme relevant de la sensibilisation.

La loi sur la concurrence accorde des pouvoirs spécifiques en matière de sensibilisation. Ainsi, le FNE peut mener de manière gracieuse des actions d'information auprès d'une instance de réglementation sectorielle ou d'une autorité publique. Si l'instance de réglementation rejette le point de vue du FNE, celui-ci peut engager une procédure devant le TDLC. Le TDLC peut aussi agir de sa propre initiative et formuler des recommandations visant à supprimer les contraintes pesant sur la concurrence.

Dans certains secteurs, le TDLC a également le pouvoir de déterminer à quel moment les conditions concurrentielles requièrent une intervention réglementaire en vue de la fixation des prix. C'est l'examen, par les instances chargées de la concurrence, de la compétitivité des marchés de l'électricité et des télécommunications, qui permet de déterminer si les tarifs doivent être libres ou fixés. Une procédure engagée pour réviser la réglementation des prix dans l'industrie des télécommunications n'a pas été menée à son terme, après que l'autorité de réglementation a fait savoir qu'elle avait l'intention de libéraliser ce marché.⁷⁷

Le FNE évalue aussi l'impact potentiel des projets ou propositions de lois sur la concurrence. Il peut le faire suite à des demandes présentées par le Parlement, par des parlementaires individuels ou de sa propre initiative.

Les actions d'information de manière gracieuse menées par le FNE sont particulièrement importantes dans les télécommunications, l'électricité et les adjudications de concessions de l'État. Dans les télécommunications, le FNE a préparé, à la demande de l'autorité de réglementation sectorielle, plusieurs rapports sur la réglementation de la télévision numérique, la création d'un organisme de règlement des litiges techniques, les modifications à apporter aux règles d'octroi des licences, ainsi qu'une étude générale sur les obstacles au

développement des télécommunications. Dans ces rapports, le FNE a encouragé l'autorité de réglementation à lever les obstacles qui ont pour effet de réduire le bien-être des consommateurs. On peut citer à titre d'exemple la proposition du FNE, approuvée par le TDLC, de débloquer les téléphones portables et de supprimer la disposition juridique empêchant les utilisateurs de se tourner vers d'autres fournisseurs (déblocage des cartes SIM). L'autorité de réglementation des télécommunications a accepté de prendre en compte l'avis du FNE et l'obstacle juridique a été supprimé.⁷⁸

En ce qui concerne les concessions de l'État, le FNE a recommandé que soit modifié le nouveau système de tarification qui avait été introduit par le ministère des Travaux public à propos de l'aéroport de Santiago. Le nouveau tarif modifiait les termes du contrat de concession en liant la location des passerelles et des appareils au service de fourniture de l'électricité. Le FNE a conclu que le nouveau système de tarification avait pour effet d'accroître de manière déraisonnable les coûts et créait un obstacle au détriment des utilisateurs de l'aéroport, à savoir les compagnies aériennes, et en faveur de la société titulaire de la concession, SCL. L'autorité de réglementation a admis l'opinion du FNE et supprimé les dispositions de l'addendum qui liaient les deux services. De la même façon, dans une affaire plus ancienne concernant l'utilisation d'infrastructures d'aéroport, la Commission consultative avait proposé de fixer des limites au degré d'intégration verticale entre les concessionnaires d'aéroports et les compagnies aériennes. Le FNE s'est efforcé d'empêcher la limitation des concessions d'aéroports au profit des compagnies aériennes. A la suite de ces recommandations, l'autorité de réglementation a publié une note excluant les compagnies aériennes des adjudications futures, pendant la période de sélection préalable des soumissionnaires.⁷⁹ Les examens d'entrée à l'université ont fait l'objet d'une initiative novatrice en matière d'adjudications. Le FNE a recommandé que le *Ministerio de Educación* et le *Consejo de Rectores* introduisent des normes de qualité minimale et choisissent les sociétés organisatrices des examens proposant le prix le plus bas de manière à ouvrir à la concurrence la procédure de sélection de ces sociétés.

Il arrive quelquefois que les autorités de réglementation rejettent les propositions du FNE. Celui-ci a alors la possibilité d'engager une procédure devant le TDLC à l'encontre de l'autorité concernée. On en trouve un exemple avec le cas de l'autorité chilienne de l'aviation civile, la « *Junta de Aeronautica Civil* », qui réglemente le transport aérien international, laquelle avait décidé de ne pas adopter de politique de ciel ouvert. Le FNE a engagé à son encontre une procédure contradictoire devant le TDLC pour contraindre à l'ouverture du marché.⁸⁰

Le TDLC peut demander à n'importe quel organisme public d'exercer ses pouvoirs de réglementation pour protéger la concurrence ou pour modifier ou abroger toute loi ou disposition réglementaire contraire à la concurrence. Le TDLC peut aussi formuler des recommandations à l'intention du Président de la République en proposant la suppression de la loi ou des règles qui entravent la concurrence. Il peut également proposer l'adoption de nouvelles législations ou réglementations requises pour promouvoir la concurrence ou réglementer l'exercice de certaines activités qui s'exercent dans des conditions contraires à la concurrence (article 18.4, loi sur la concurrence).

Dans le secteur des télécommunications, le TDLC a enjoint à l'autorité de réglementation de réduire les coûts de transfert imposés aux consommateurs finaux qui empêchaient les sociétés de téléphone de proposer les produits de leurs concurrents. Il a également recommandé que l'autorité de réglementation ordonne aux sociétés de téléphonie mobile d'organiser des offres publiques pour la revente d'infrastructures de gros afin de développer un marché de détail pour la téléphonie mobile.⁸¹ Il a formulé plusieurs suggestions pour une réglementation optimale du service de voix sur IP afin de garantir la libre concurrence.⁸² Dans une décision faisant suite à un avis sollicité par l'autorité de réglementation sur l'attribution du spectre dans le cadre d'une « procédure de soumissions comparatives », le TDLC a ordonné que soit appliquée la portabilité du numéro mobile.

Les recommandations du TDLC couvrent un large éventail d'autres secteurs. L'administration des douanes (« *Servicio Nacional de Aduanas* ») a ainsi suivi une recommandation du TDLC visant à favoriser la concurrence entre les entrepôts de stockage opérant à l'intérieur et à l'extérieur des concessions aéroportuaires. Dans le secteur de la distribution de carburants, le TDLC a recommandé qu'un groupe de distributeur de carburants en gros accorde à des concurrents potentiels un accès non discriminatoire à un distributeur commun de carburants en gros, et il a recommandé qu'une législation soit adoptée pour garantir un libre accès à l'utilisation d'infrastructures conjointes de transport des carburants.⁸³ Le TDLC a aussi formulé des recommandations en vue de la mise aux enchères des contrats dans les aéroports et les ports,⁸⁴ ainsi que de l'adoption de règles relatives aux limites à l'intégration verticale applicables aux ports⁸⁵ et aux aéroports⁸⁶. Le TDLC a aussi proposé de nouvelles réglementations pour les connexions au réseau d'électricité ainsi que pour encourager les sociétés de production d'électricité à participer aux appels d'offres en vue de la fourniture d'électricité. Ces règles ont pour objet de fixer les obligations à respecter pour soumissionner pour l'obtention de contrats de fourniture afin de réduire les obstacles à l'entrée.⁸⁷

Par ailleurs, le TDLC a publié des instructions générales concernant le marché de la collecte, du transport et l'évacuation des déchets solides urbains. Dans l'instruction générale n° 1, il demande à l'autorité de réglementation d'établir une distinction, aux fins des passations des marchés, entre les services concurrentiels (ramassage ou transport des ordures) et les services non concurrentiels (offre de terrains pour l'épandage et l'évacuation des ordures). Cette mesure devrait empêcher tout verrouillage du marché par effet de levier.⁸⁸

Le FNE a mené des initiatives conjointes avec l'OCDE en vue d'une sensibilisation aux questions de concurrence. En 2008, le FNE a participé à plusieurs manifestations et il est intervenu plusieurs fois en public pour parler des conséquences négatives des soumissions concertées ainsi que des mécanismes permettant de prévenir et de détecter de tels comportements. Sur son site Internet, une nouvelle bannière attire l'attention des visiteurs sur cette initiative. Des entretiens consacrés aux soumissions concertées ont également été menés lors de la journée annuelle de la concurrence organisée sous l'égide du FNE.

6. Conclusions et évaluation

Dans le présent rapport, on a examiné le droit et la politique de la concurrence du Chili à la lumière de la Feuille de route pour l'adhésion⁸⁹, afin d'aider le Comité de la concurrence à apprécier si le Chili a la volonté et la capacité d'assumer les obligations liées à la qualité de membre de l'OCDE dans le domaine de la politique de la concurrence. Dans cette dernière section, on trouvera une synthèse des conclusions des trois dimensions que le Comité a retenus pour son évaluation : (1) situation actuelle du point de vue de la politique de la concurrence et de sa mise en œuvre ; (2) ampleur et orientation des changements opérés dans la politique de la concurrence au cours des 5 à 10 dernières années et (3) conformité aux recommandations particulières relatives aux instruments de la politique de la concurrence cités dans la Feuille de route.

6.1. Nature et mise en œuvre de la politique de la concurrence : état des lieux

Les règles de fond du droit chilien de la concurrence sont d'une portée inhabituellement générale, mais réussissent néanmoins efficacement à étayer une politique et une mise en œuvre efficaces. Le contenu de la législation est enrichi par l'expérience. La simplicité de la loi chilienne sur la concurrence incite à procéder à des analyses économiques pour savoir comment elle doit être appliquée. Le principe de fond sur lequel elle repose tient en un seul article général de la loi. Les trois sous-parties contenant des exemples de comportements anticoncurrentiels interdits correspondent aux catégories familières du droit de la concurrence : accords restrictifs et actions concertées,

abus unilatéral de position dominante et éviction. Le contrôle des fusions n'est pas cité, mais le fondement législatif des décisions de contrôle des fusions se déduit de l'interdiction des comportements qui « tendent à produire » des effets contraires à la concurrence. Une plus grande précision et des détails complémentaires sur les règles et procédures relatives aux fusions seraient souhaitables.

Les autorités chargées de la mise en œuvre sont désormais plus attentives aux ententes. Des actions spectaculaires ont retenu l'attention du public des entreprises. En 2008, la plus grosse amende jamais imposée a été confirmée par le Cour suprême dans l'affaire de la guerre des prix des téléviseurs à écran plat et le TDLC a pris sa décision la plus lourde de conséquences en rejetant une fusion dans l'affaire *Falabella*. A la fin de l'année, le FNE a engagé des poursuites pour coordination des prix à l'encontre de pharmacies de détail. Cela étant, les abus de position dominante restent les affaires les plus couramment traitées en matière de droit de la concurrence. Les décisions du TDLC ont permis de préciser ce que la loi entend par abus de position dominante, en utilisant une approche économique qui permet de se demander si le comportement abusif a « objectivement » un but d'exclusion ou d'exploitation. Le TDLC ne considérera pas comme abusif un comportement par ailleurs efficient du point de vue économique.

Pour l'instant, la répartition des missions d'application de la législation entre deux autorités distinctes et indépendantes chargées de mener des enquêtes et de rendre des décisions fonctionne bien. Le TDLC s'est montré efficace et productif, avec une vingtaine de décisions par an, la plupart rendues à l'issue de procédures contradictoires. L'analyse économique sous-tend des décisions formant un corpus de jurisprudence de plus en plus important qui pourrait permettre d'expliquer de manière plus détaillée la portée des doctrines dont s'inspire la loi. La flexibilité a toutefois un coût, l'absence de prévisibilité. L'affaire *Falabella* montre comment la créativité économique peut créer une instabilité juridique. En définissant un marché pertinent de « vente au détail intégrée », qui comprenait les grands magasins, les centres commerciaux et le crédit à la consommation, le TDLC a, dans sa décision, pris acte de l'importance des économies d'échelle dans le commerce de détail, mais ce faisant, il s'éloigne aussi de l'approche traditionnelle, plus limitée, qui avait été retenue dans les décisions précédentes, et de la méthodologie définies dans les Guides du FNE.

Les incertitudes quant aux mesures que le TDLC peut prendre sont amplifiées par le manque de cohérence des orientations de la Cour suprême. De fait, cette dernière n'a pas la capacité à traiter elle-même les questions économiques complexes et son désaccord avec le TDLC révèle une préférence

judiciaire, qui ne date pas d'hier, pour les décisions qui peuvent s'appuyer sur des catégories et des règles juridiques. L'incertitude subsiste quant aux méthodes de définition des marchés, des normes juridiques applicables aux fusions et des normes de preuves applicables aux ententes injustifiables. On ne sait pas exactement quelles sont les normes appliquées aux évictions. En particulier, une décision de la Cour suprême semblerait impliquer que des prix peuvent être considérés comme des prix d'éviction en l'absence de pouvoir de marché, ce qui revient à en faire quasiment un délit en soi.

Les orientations relatives à la mise en œuvre permettent quelquefois de préciser la portée et l'orientation de la politique en matière de concurrence. Elles peuvent par exemple constituer une réponse à une critique selon laquelle les normes manqueraient de transparence ou ne seraient pas compréhensibles. Le FNE a publié des lignes directrices sur les fusions, mais le TDLC, organe judiciaire indépendant, n'est pas tenu de s'y conformer. Pour aider le plus utilement possible les entreprises à se conformer au droit chilien, il faudrait que les orientations relatives à l'interprétation et à l'analyse s'inspirent des pratiques de décision du TDLC, soient fondées sur des modèles et tirent les leçons de l'expérience de la communauté internationale des spécialistes de la concurrence.

6.2. Tendances : ampleur et orientation des changements sur 5 à 10 ans

Les activités de mise en œuvre ont augmenté de manière spectaculaire depuis que les modifications d'ordre législatif adoptées en 2003 ont renforcé les actions et introduit une procédure contradictoire. L'étude réalisée en 2004 par le Forum sur la concurrence en Amérique latine⁹⁰ avait mis en lumière le fait que les activités de mise en œuvre étaient modestes, sauf dans les infrastructures, et que les sanctions étaient modérées. Il prônait une extension de la partie de la loi décrivant les comportements interdits. A la suite de cette recommandation, la loi sur la concurrence de 2003 a défini trois catégories de comportements définis comme contraires à la concurrence et interdits. Depuis 2003, le nombre des affaires traitées et le niveau des sanctions ont tous deux augmenté de manière significative. Alors qu'autrefois, les procédures de mise en œuvre se terminaient habituellement par la formulation de recommandations, celles-ci sont aujourd'hui utilisées à des fins de conseil en matière d'action publique et de sensibilisation.

Les modifications structurelles des institutions ont suivi les recommandations formulées dans l'étude 2004 du Forum sur la concurrence en Amérique latine. La plus importante a été la création d'un tribunal remplaçant la Commission de la concurrence et le remplacement d'un système consultatif à trois niveaux par un système contradictoire à deux niveaux. Le TDLC joue le rôle de décision et de sensibilisation auparavant joué par des entités différentes.

Comparé à l'ancienne Commission, le TDLC est plus indépendant, ses membres sont plus qualifiés, son budget est plus important et ses membres travaillent de manière plus régulière, selon un rythme qui est passé de trois jours par semaine à un plein temps. En tant qu'organe judiciaire, il possède un statut et des pouvoirs plus élevés. Ces changements structurels ont rendu le système plus transparent et plus efficient. Le FNE et le TDLC s'inspirent de plus en plus des expériences et des autorités internationales pour étayer leurs décisions. Le TDLC a tourné le dos à l'approche légaliste que l'étude 2004 du Forum associait à la préférence pour des règles en soi. L'interprétation littérale a conduit à se reposer sur l'analyse économique. Dans le domaine des restrictions verticales, par exemple, où l'approche légaliste mettait en relief une discrimination « objective », les décisions reposent désormais davantage sur des considérations qui ont trait au pouvoir de marché et à l'efficacité économique.

Les relations et les responsabilités sont encore en train d'évoluer entre les trois principales institutions que sont le FNE, le TDLC et la Cour suprême. Dans l'affaire *Falabella* par exemple, le TDLC n'a pas suivi les orientations du FNE en matière de fusions. Les deux organes judiciaires ont été plus réticents que le FNE à conclure à l'existence d'une collusion en l'absence de preuve directe d'un accord en ce sens. Les divergences les plus criantes vont sans doute se résorber avec l'expérience. Il conviendrait que la Cour suprême soit pour sa part plus au fait des principes économiques sur lesquels les règles de la concurrence sont fondées. Cela viendra avec l'expérience de la révision des décisions du TDLC. On pourrait aussi envisager d'améliorer les compétences de la Cour grâce à des formations ou à des ressources supplémentaires, et par le recours à des consultants économiques si nécessaire.

6.3. Mise en application des six principes de la Feuille de route

Le Chili a accepté toutes les Recommandations du Conseil sur la politique de la concurrence ainsi que les Principes directeurs de 2005 pour la qualité et la performance de la réglementation et les Pratiques exemplaires de 2005 pour l'échange de renseignements. D'une manière générale, le droit de la concurrence et la politique réglementaire du Chili sont conformes aux principes édictés dans les Recommandations et les deux instruments de 2005, même si sous plusieurs aspects notés ci-après, des améliorations de la mise en œuvre et de la réglementation sont encore recommandées.

1. Ententes

Le Chili s'est engagé à garantir que dans le domaine de la concurrence, les lois, les sanctions et les procédures et institutions de mise en œuvre pourront efficacement arrêter ou prévenir les ententes injustifiables et proposer des voies

de recours en la matière. La Recommandation du Conseil de 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables met l'accent sur plusieurs mesures visant à : interdire les ententes, prévoir des méthodes efficaces de contrôle, de dissuasion et de recours, mettre en place des procédures et des pouvoirs de mise en œuvre, prévoir des sanctions contre les sociétés et les personnes physiques, prévoir des exemptions et des exclusions et favoriser la coopération et la courtoisie en matière de mise en œuvre. (La question de la coopération sera examinée séparément ci-après ; une réserve quant à la capacité à échanger des informations confidentielles s'applique dans la mise en œuvre de la lutte contre les ententes ainsi que dans d'autres domaines). Dans son Mémoire initial, le Chili a accepté la Recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, sous réserve de pouvoir bénéficier d'un délai suffisant pour sa mise en œuvre intégrale. C'est le domaine dans lequel des efforts supplémentaires visant à accroître l'efficacité de la mise en œuvre semblent le plus conseillés. La réserve relative au calendrier sera réglée avec l'adoption et la mise en application de la législation en cours d'examen sur les pouvoirs d'enquête, les sanctions et la clémence.

Les institutions chargées de la concurrence sont déterminées à poursuivre efficacement les ententes injustifiables. Les sanctions demandées ont été alourdies, mais dans la pratique, quasiment aucune violation n'a été établie, car les tribunaux hésitent à admettre les preuves circonstanciées comme démonstration suffisante d'un accord. On peut considérer comme un signe d'évolution le fait que la Cour suprême ait cependant confirmé la décision concluant à l'existence d'un accord dans l'affaire de la guerre des téléviseurs à écran plat, où l'on avait la preuve que des communications avaient eu lieu, mais où le contenu des messages échangés n'était pas connu. Cette affaire a été aussi la première dans laquelle une amende substantielle a été requise, alors même que le comportement mis en cause était un boycottage par collusion et non un accord de fixation de prix.

La loi de 2009 permet de résoudre le problème posé par ces limites pratiques. Elle prévoit l'introduction d'un programme de clémence standard, donne au FNE le pouvoir d'effectuer des visites surprises et augmente les sanctions maximales. Le fait d'autoriser la mise en œuvre d'un programme de clémence constituera une avancée majeure vers une mise en œuvre plus efficace. Le renforcement des pouvoirs d'investigation et de sanctions sera également utile, même si l'importance de l'amende requise dans l'affaire des écrans plats est le signe qu'au Chili, il est peut-être moins nécessaire qu'ailleurs de sensibiliser les instances concernées à l'importance de sanctions dissuasives. Au Chili, les nouveaux pouvoirs d'investigation du FNE pour recueillir des preuves qui établiront l'existence d'un accord sont déjà exercés par d'autres instances.

2. *Fusions*

Le Chili s'est engagé à garantir que l'examen des fusions sera efficace, efficient et se déroulera en temps opportun, suivant les normes figurant dans la Recommandation sur le contrôle des fusions adoptée par le Conseil en 2005. Cette Recommandation contient des orientations relatives à des pratiques exemplaires en matière de contrôle des fusions. Elle aborde les questions d'efficacité, d'efficience (en termes de compétence, de notification et de collecte d'informations), d'opportunité, de transparence, d'équité procédurale, de consultation, d'accès des tiers, de non discrimination, de protection de la confidentialité, de ressources et de pouvoirs et de coopération au niveau de la mise en œuvre. (On reviendra plus loin sur la question de la coopération). Les procédures de contrôle des fusions en vigueur au Chili sont conformes à la Recommandation.

Malgré le fait que les fusions aient été omises du texte de la loi sur la concurrence, aucune affaire remettant en cause la légalité de la mise en œuvre de la législation vis-à-vis des fusions n'a été rapportée. Néanmoins, il serait souhaitable de définir plus précisément les compétences du TDLC, les différentes étapes de l'analyse des fusions et la norme de fond appliquée.

L'absence d'une obligation de notification préalable officielle n'a pas amoindri l'efficacité du contrôle des fusions. La procédure non contradictoire qui a cours au TDLC sert de cadre à un contrôle volontaire des fusions. Une fois qu'une entreprise a sollicité un examen, la transaction ne peut pas être conclue tant que le TDLC n'a pas rendu une décision favorable. Le Chili n'envisage pas de mettre en place une obligation de notification préalable officielle. Le coût des notifications est ainsi épargné aux entreprises et le TDLC comme le FNE peuvent mieux définir leurs priorités sans avoir à faire face à l'obligation d'examiner les notifications. La procédure d'examen volontaire permet au TDLC d'obtenir suffisamment d'informations pour évaluer les conséquences d'une fusion sur la concurrence et lui donne le pouvoir effectif de prévoir des mesures correctives si nécessaire. Les obligations d'information n'imposent pas de coûts et de charges inutiles aux parties concernées. Comme la procédure est volontaire, il est peu probable qu'elle s'appliquera à une fusion n'ayant pas un lien approprié avec le Chili. Le TDLC s'apprête à régulariser le contrôle des fusions sur un mode non contradictoire, dans la mesure où il prépare actuellement une instruction dans laquelle il communiquera aux parties intéressées les informations qu'elles doivent lui soumettre.

Comme le contrôle non contradictoire est facultatif, il soulève moins de difficultés en termes de charges inutiles imposées aux parties et d'autorisation rapide des transactions ne posant pas de problème. Il peut arriver à l'évidence

que des parties soient déçues, c'est-à-dire qu'elles peuvent très bien, par prudence, solliciter un examen en pensant que la transaction qu'elles envisagent ne pose pas de problème et être très surprises si le TDLC en trouve un. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Falabella*. Ceci ne signifie pas nécessairement que des transactions sans problème exposent à des coûts et des risques indus ; au contraire, cela peut aussi montrer que même un programme volontaire peut permettre d'examiner des transactions problématiques et de prendre à l'avance les mesures qui s'imposent.

Lors du contrôle des fusions, les préoccupations relatives aux droits des tiers sont prises en compte de deux manières. Premièrement, des tierces parties aussi bien que le FNE peuvent engager une procédure contradictoire d'examen d'une fusion en soutenant que la transaction projetée risque de contrevenir à l'article 3. Deuxièmement, l'organe qui traite les procédures, qu'elles soient ou non contradictoires, c'est-à-dire le TDLC, est un tribunal dont les règles pour de telles affaires autorisent l'intervention de tiers. Pour prévenir toute pression abusive, le TDLC a une politique de transparence totale : il publie sur son site Internet toutes les demandes de rencontre de ses membres formulées par des parties privées.

Le *Guide interne pour l'analyse des opérations de concentration horizontale* du FNE (2006) contient des normes de fond pour l'analyse semblables à celles qui sont mises en œuvre par les autorités de la concurrence des pays membres de l'OCDE. Ces normes prévoient notamment un examen du marché concerné, de la concentration du marché, des obstacles à l'entrée, de la dynamique de la concurrence, des considérations d'efficacité et des entreprises défaillantes. Les dispositions du Guide ne sont pas contraignantes pour le TDLC, si bien qu'il est difficile de savoir comment il suivra et appliquera ces normes. De la même façon, il n'existe pas de règle fixant officiellement un délai pour l'achèvement d'un examen. Le Guide du FNE n'est pas plus contraignant pour le TDLC du point de vue des procédures qu'il ne l'est pour l'analyse de fond. Le TDLC s'efforce de rendre ses décisions dans un laps de temps raisonnable, mais il ne fixe pas lui-même les délais.

L'expérience du FNE en matière de fusions transnationales est insuffisante. Il reste à vérifier si les mesures correctives demandées au Chili sont conformes à celles qui sont demandées dans d'autres pays où sont effectuées des procédures de contrôle.

3. *Séparation structurelle*

Le Chili s'est engagé à examiner avec soin les coûts et avantages des mesures structurelles et comportementales dans les situations où sont associées

des activités non concurrentielles et concurrentielles dans les secteurs réglementés, notamment des mesures de privatisation, de libéralisation et de réforme de la réglementation, conformément à la Recommandation du Conseil de 2001 concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés. Cette recommandation porte sur l'analyse coûts-avantages des mesures comportementales et structurelles, notamment sur la prise en compte des coûts de transition et des avantages retirés par la collectivité de l'intégration verticale. Cet exercice de mise en balance doit faire intervenir les organismes sectoriels de réglementation et les autorités de la concurrence. Le Chili accepte cette recommandation. Il en a appliqué les principes, en particulier lors de la réforme des télécommunications ; toutefois, la réforme structurelle traîne en longueur dans le secteur de l'électricité.

4. *Réglementation des marchés*

Le Chili s'est engagé à soutenir une politique de la concurrence efficace, et à faire en sorte que les restrictions réglementaires à la concurrence soient proportionnées aux intérêts publics qu'elles servent, conformément aux Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation adoptés en 2005. En l'occurrence, il est particulièrement important que les autorités veillent à combler les lacunes d'ordre sectoriel que peut comporter le champ d'application du droit de la concurrence, à assurer la coordination des activités de surveillance réglementaire et d'application du droit de la concurrence, à garantir le respect du principe de proportionnalité dans le cadre de l'élaboration de la réglementation économique, à réexaminer périodiquement le rapport coûts-avantages de la réglementation, à faire preuve d'efficacité en matière réformes destinées à ouvrir certaines activités à la concurrence, à renforcer la liberté de choix des consommateurs, à réexaminer périodiquement la présence capitaliste de l'État dans l'économie ainsi que les obligations de service universel, à prendre en considération la concurrence dans les analyses d'impact de la réglementation, à doter les autorités de la concurrence des pouvoirs nécessaires pour promouvoir les réformes, et à recenser les liens avec d'autres objectifs de l'action gouvernementale.

Dans les secteurs des télécommunications et de l'électricité, les autorités de réglementation ne sont pas autorisées à fixer les prix sauf si le TDLC a conclu que le marché n'était pas concurrentiel ; il est arrivé que la Commission conclue dans une décision que les services de téléphonie locale n'étaient pas concurrentiels et qu'elle propose six dispositions visant à faire émerger un marché réellement concurrentiel.

Les instances chargées de la politique de la concurrence peuvent prendre des mesures pour lever les obstacles à l'entrée dus à la réglementation. Le FNE peut

demander à l'autorité concernée de réexaminer la réglementation en cause. Si elle rejette la demande du FNE, celui-ci peut soumettre une requête officielle au TDLC et ce dernier peut formuler des recommandations en vue de la modification ou de la suppression de la réglementation. Le TDLC peut également agir de sa propre initiative pour formuler des recommandations visant à supprimer des entraves à la concurrence d'ordre réglementaire. Dans les secteurs d'infrastructures, les autorités de la concurrence ont été particulièrement actives aux premiers stades de la réforme. La Commission de la concurrence du Chili avait autrefois interdit à l'autorité nationale de réglementation des télécommunications d'attribuer des fréquences supplémentaires à deux entreprises qu'elle avait retenues, et lui avait ordonné de les mettre aux enchères à la place. Dans la même veine, en 2006, le TDLC a publié des instructions générales relatives à la réglementation des adjudications dans les services d'enlèvement des ordures. De la même façon, des décisions prises par le TDLC en 2004 puis en 2006 ont permis d'ouvrir les marchés et d'abaisser les obstacles dans les télécommunications.

5. *Coopération internationale*

Le Chili s'est engagé à coopérer dans le cadre d'enquêtes et de procédures d'application du droit de la concurrence par la notification et la coordination conformément à la Recommandation du Conseil de 1995 sur la coopération entre pays Membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, et par l'application des Pratiques exemplaires du Comité de la Concurrence de l'OCDE de 2005 en matière d'échanges d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur les ententes injustifiables. La question de la coopération internationale est également abordée dans la Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998) et dans la Recommandation du Conseil sur le contrôle des fusions (2005). Ces instruments portent sur diverses questions : la notification, la coordination, les échanges de renseignements, la consultation, la conciliation et la courtoisie, la confidentialité et la protection du secret professionnel, les effets des échanges de renseignements sur les informateurs et les personnes demandant à bénéficier d'un programme de clémence, ainsi que la notification à la source des informations échangées. Le Chili accepte ces Recommandations, sous réserve d'un délai pour leur mise en œuvre complète, et à une réserve près concernant les pratiques exemplaires dans les enquêtes sur les ententes. Autrement, le Chili se conforme aux principes énoncés dans ces instruments.

La coopération internationale dans les affaires antitrust est limitée par les droits constitutionnels concernant la protection de la vie privée. Le FNE doit respecter les règles chiliennes limitant la portée des échanges de

renseignements. Lui-même ne peut demander des informations à des parties privées qu'après qu'une enquête a été ouverte au Chili, ou bien dans le contexte d'une enquête internationale déjà en cours. Avant que les informations contenues dans des documents ou obtenues auprès de sources privées puissent être échangées avec une instance située hors du Chili, la loi prévoit que les parties concernées doivent être informées et savoir si cela risque d'affecter leurs intérêts ou leurs droits. Aux termes de la législation générale issue des principes constitutionnels, ces parties ont le droit de s'opposer à la communication des renseignements les concernant. Le respect, par le Chili, des instruments consacrés à la coopération est acquis sous cette réserve.

Le FNE et les autorités étrangères de la concurrence ont souvent des contacts informels pendant les enquêtes. Le FNE comme le TDLC ont présenté des demandes de renseignements en liaison avec des affaires spécifiques examinées par le TDLC. La coopération se fonde sur les mémorandums d'accord ou des accords de coopération. Le FNE a ainsi signé des accords avec le Canada, le Costa Rica, le Mexique, le Brésil et le Salvador, et il envisage d'ouvrir des négociations en vue de conclure des accords avec plusieurs autres pays. Ces accords comprennent tous des dispositions en matière d'assistance technique, et la plupart d'entre eux prévoient également des modalités de coopération et d'échange de renseignements aux fins de la mise en œuvre de la législation.

6. *Droits de propriété intellectuelle*

Le Chili s'est engagé à faire respecter effectivement les droits de propriété intellectuelle (DPI). S'agissant du rôle joué par le droit de la concurrence et son application à cet égard,⁹¹ la législation chilienne semble conforme à ce principe. La loi sur la concurrence ne contient aucune disposition portant spécifiquement sur les DPI et il n'existe pas d'exemption générale par catégorie ou de réglementation pour la concession de licences sur les DPI. Par conséquent, les dispositions générales concernant les accords restrictifs s'appliquent aux accords de licence relatifs à la propriété intellectuelle. Les dispositions relatives aux abus de position dominante peuvent également s'appliquer, notamment aux refus d'octroi de licence. Il est possible que la loi sur la concurrence déloyale adoptée en 2007 ait un impact sur la manière dont les droits de propriété intellectuelle tels que les marques déposées sont protégées dans les litiges au civil. Les organes ayant l'intérêt le plus direct dans ces politiques et ces controverses sont notamment l'Institut national de la propriété industrielle (INAPI) et le Tribunal de la propriété industrielle.

Le Chili qui accepte la recommandation annoté que le FNE et le TDLC prennent en compte les caractéristiques spécifiques de l'innovation et des droits

de propriété intellectuelle dans les affaires où ces droits sont invoqués. L'analyse des restrictions verticales causées par des contrats d'octroi de licence sur des brevets ou des transferts de technologie a été modernisée, en même temps que le reste des modalités d'analyse de la concurrence mises en œuvre par le Chili, afin que l'efficacité économique soit prise en compte. Le Chili a observé qu'il y a eu peu de conflits entre la concurrence et les droits de propriété intellectuelle, en partie parce que le nombre des brevets déposés au Chili est faible.

Notes

1. Disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/61/58/41463062.pdf>
2. La liste des accords de libre-échange bilatéraux et régionaux en vigueur peut être consultée sur le site <http://www.direcon.cl/>. La plupart de ces accords contiennent des chapitres et diverses dispositions consacrés à la politique de la concurrence.
3. Décision n° 24/2005 du TDLC en date du 28 juillet 2005.
4. Décision n° 1/2004 du TDLC en date du 25 juillet 2004.
5. Décision n° 16/2005 du TDLC en date du 20 mai 2005.
6. Décision n° 1/2004 du TDLC en date du 25 octobre 2004.
7. Par exemple décision n° 53/2007 du TDLC en date du 6 juin 2007 condamnant un grossiste en essence à payer une amende de 97 millions CLP (pesos chiliens- soit environ USD 150 000) pour violation des décisions nos 435 et 438 concernant les restrictions verticales dans la distribution d'essence (annulées en appel par la Cour suprême le 25 septembre 2007, dossier 3506-2007) ; ou bien TDLC, 3 août 2006, décision n° 15/2006 concernant une disposition d'arbitrage dans un contrat de franchise.
8. Par exemple décision n° 65/2008 du TDLC en date du 8 mai 2008 dans laquelle il indiquait que « l'utilisation du pouvoir de l'acheteur [entendu comme un pouvoir de négociation asymétrique] ne peut qu'avoir un impact négatif sur la concurrence lorsqu'il influence de manière permanente l'offre globale de produits, que ce soit par la réduction des quantités, par des hausses des prix de détail ou par la diminution des investissements dans la recherche-développement. » (Gr. 104).
9. Décision n° 24/2008 du TDLC en date du 31 janvier 2008.
10. La loi sur la concurrence reconnaît qu'une preuve juridique sera considérée comme une preuve indirecte en vertu de la règle du caractère raisonnable (*sana critica*), qui est largement reconnu dans les principes juridiques

appliqués par d'autres pays du continent. Selon ce principe, les juges doivent indiquer les raisons pour lesquelles ils arrivent à se forger certaines convictions sur les faits d'une affaire, en fonction de la logique et de leur expérience, une fois qu'ils ont examiné les éléments de preuve qui leur ont été soumis (Cour suprême, 4 juillet 2007, dossier 6236-2006, Gr. 34, confirmant certaines parties de la décision du TDLC n° 45/2006 du 26 octobre 2006 mais en infirmant d'autres).

11. Décision n° 74 du TDLC en date du 2 septembre 2008.
12. Décision n° 79 du TDLC en date du 10 décembre 2008, contestée en appel par FNE devant la Cour suprême.
13. Décision n° 38/2006 du TDLC en date du 7 juin 2006, cassée en appel par la Cour suprême, 28 décembre 2006.
14. Décision n° 43/2006 du TDLC en date du 7 septembre 2006, cassée en appel par la Cour suprême, 22 janvier 2007
15. L'opinion dissidente du TDLC, dans l'affaire *ISAPRES*, précise qu'étant donné les difficultés pratiques rencontrées pour obtenir des preuves directes (dues au fait qu'il n'a pas le pouvoir de saisir des documents ou de se rendre dans les bureaux pour rechercher des preuves), la preuve du comportement est constitutif de la collusion, malgré son ambiguïté intrinsèque.
16. Décision n° 74/2007 du TDLC en date du 2 septembre 2008, confirmée le 29/12/2008 par la Cour suprême qui a toutefois ramené le montant des amendes à 1,5 unité d'imposition par personne.
17. Décision n° 22/2007 du TDLC en date du 19 octobre 2007.
18. Décision n° 734/2004 de la *Comisión Resolutiva* en date du 24 août 2004.
19. Décision n° 69/2008 du TDLC en date du 26 juin 2008.
20. Décision n° 15/2006 du TDLC en date du 3 août 2006, décision n° 16/2006 du TDLC en date du 17 août 2006 et décision n° 16/2005 du TDLC en date du 20 mai 2005.
21. Par exemple la décision n° 26/2005 du TDLC en date du 5 août 2005, et la décision n° 45/2006 du TDLC en date du 26 octobre 2006, ont sanctionné respectivement une filiale de British American Tobacco et la principale société du marché de la téléphonie fixe pour des pratiques d'exclusion abusives. Il a été également prouvé que la société de téléphonie fixe occupait

une position dominante sur le marché des réseaux de télécommunications et des réseaux large bande.

22. Par exemple, TDLC, décision n° 15/2006 en date du 3 août 2006 dans laquelle une injonction a été émise à l'encontre du principal vendeur pharmaceutique de gros concernant la clause d'arbitrage (règle d'équité dans la nomination de l'arbitre) ; et TDLC, décision n° 16/2005 en date du 20 mai, dans laquelle une injonction a été émise à l'encontre de deux distributeurs de films, afin qu'ils informent de manière unilatérale les exploitants de salles des films qui seront diffusés en avant-première et des dates correspondantes, et qu'ils fondent leurs décisions de distribution et d'attribution des copies de films sur des critères généraux, objectifs et uniformes.
23. Cour suprême, 26 mai 2005, dossier 4927-2004, cassant partiellement la décision n° 9/2006 du TDLC en date du 5 octobre 2004.
24. Décision du TDLC n° 45/2006 en date du 26 octobre 2006.
25. La Cour suprême a toutefois décidé en appel que le TDLC avait omis d'examiner les preuves économiques à l'appui de la position du défendeur et en conséquence, il a annulé sa décision, précisément au motif qu'il lui manquait un raisonnement économique pour l'appuyer.
26. Décision n° 79/2008 du TDLC en date du 4 décembre 2008.
27. Décision n° 55/2007 du TDLC en date du 21 juin 2006.
28. Soit environ USD 273 984. Décision n° 73/2008 TDLC en date du 20 août 2008, confirmée le 26 novembre 2008 par la Cour suprême qui a toutefois ramené l'amende à 300 unités fiscales.
29. Décision n° 16/2005 du TDLC en date du 20 mai 2005.
30. L'amende représentait environ USD 312,000. Décision n° 37/2006 du TDLC en date du 10 mai 2005.
31. Soit environ USD 75,000. Décision n° 29/2005 du TDLC en date du 12 septembre 2005.
32. Décision n° 26/2005 du TDLC en date du 5 août 2005.
33. Cour suprême 13 août 2008, dossier 2339-2008, confirmant pour l'essentiel la décision n° 63/2008 du TDLC en date du 10 avril 2008.
34. Soit environ USD 90 000.

35. Décision n° 28/2005 du TDLC en date du 7 septembre 2005.
36. Soit environ USD 720,000. Décision n° 39/2006 du TDLC en date du 13 juin 2006 et Cour suprême, dossier 3449-2006 en date du 29 novembre 2006.
37. Décision n° 1/2004 du TDLC en date du 25 octobre 2004.
38. Décision n° 22/2007 du TDLC en date du 19 octobre 2007.
39. Instruction n° 1/2006 du TDLC en date du 8 juin 2006.
40. Décision n° 45/2006 du TDLC en date du 26 octobre 2006.
41. Cour suprême, 4 juillet 2007, dossier 6236-2006, Gr. 34, confirmant partiellement et infirmant partiellement la décision n° 45/2006 du TDLC en date du 26 octobre 2006.
42. L'indice de Herfindahl-Hirschmann se calcule en additionnant les carrés des parts de marché de chacun des participants. Le FNE présume que si, après une fusion, l'indice HH est inférieur à 1 000, l'opération ne devrait pas avoir d'effets anticoncurrentiels. Les marchés présentant un indice HH compris entre 1000 et 1800 sont modérément concentrés. Enfin, lorsqu'après une fusion, l'indice HH est supérieur à 1800, l'opération sera considérée comme potentiellement dommageable et nécessitant un examen plus approfondi.
43. Article 38 de la loi sur la liberté d'opinion et de parole (loi n° 19 733).
44. Décision n° 1 045 de l'ancienne Commission de la concurrence.
45. Sent 9/2004 TDLC and Sent 65/2008 TDLC.
46. Cour suprême, 26 mai 2005, dossier 4927-2004 infirmant partiellement la décision n° 9/2006 du TDLC en date du 5 octobre 2004.
47. Décision n° 1/2004 du TDLC en date du 25 octobre 2004.
48. Décision n° 20/2007 du TDLC en date du 27 juillet 2007.
49. Décision n° 23/2008 du TDLC en date du 4 janvier 2005.
50. Décision n° 24/2008 du TDLC en date du 31 janvier 2008.
51. Loi n° 20.169 du 16 février 2007.
52. Article 3 (c) de la loi sur la concurrence.

53. Décision n° 10/2004 du TDLC en date du 24 novembre 2004 et décision n° 12/2004 du TDLC en date du 20 décembre 2004. Dans les deux affaires, le TDLC a noté que pour établir une violation de l'article 3 de la loi sur la concurrence, il fallait à la fois une pratique de concurrence déloyale et un objectif consistant à atteindre, conserver ou accroître une situation de position dominante. En outre, le TDLC a jugé que, bien que les dispositions des différents alinéas de l'article 3 constituent de simples exemples, il ressortait clairement du libellé et du déroulement de la procédure législative relative à la disposition sur la concurrence déloyale que le législateur avait eu l'intention d'exclure la concurrence déloyale de la portée de la loi sur la concurrence dès lors les pratiques déloyales n'affectaient pas le marché dans son ensemble.
54. Décision n° 8/2004 du TDLC en date du 22 septembre 2004 imposant une amende à un laboratoire pour publicité comparative et calomnieuse dans un marché concentré ; voir aussi la décision n° 24/2005 du TDLC en date du 28 juillet 2005 imposant à un laboratoire possédant une chaîne de vente au détail intégrée une amende pour imitation d'un produit d'un fournisseur et risque de confusion dans un marché concentré ; voir aussi la décision n° 30/2005 du TDLC en date du 21 septembre 2005 rendue à l'encontre d'une société de pêche pour création d'obstacles à l'entrée par le biais de procédures relatives aux marques impliquant le dépôt du nom générique d'un produit tout en interdisant son utilisation par d'autres acteurs du secteur, d'où une utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle ; enfin, voir la décision n° 35/2005 rendue à l'encontre d'une association professionnelle de kinésiologie pour plusieurs pratiques de boycottage, de calomnie et d'exclusion vis-à-vis d'un établissement de formation à la kinésiologie.
55. Cour suprême, décision du 27 septembre 2005 confirmant la décision n° 17/2005 du TDLC en date du 20 mai 2005.
56. Décision n° 24/2008 du TLDC en date du 31 janvier 2008.
57. Décision n° 15/2005 du TLDC en date du 20 avril 2005.
58. Décision n° 41/2006 du TLDC en date du 27 juillet 2006.
59. Décision n° 56/2007 du TLDC en date du 27 juin 2007.
60. Décision n° 1243/203 de la *Comisión Resolutiva*, 28 mars 2003.
61. C 156-08, 19 mars 2008. Le FNE a déposé une plainte contre John C. Malone, VTR Broadband SA, pour avoir pris indirectement le contrôle d'un opérateur de télévision par satellite, Chile Ltda DirecTV. Par sa résolution n° 01/2004 en date du 25 octobre 2004, le TDLC avait expressément interdit

aux propriétaires de VTR Broadband SA de participer, directement ou indirectement, à des activités de télévision par satellite au Chili. Le défendeur n'étant pas juridiquement domicilié ou résident au Chili, le FNE cherche à appliquer la loi chilienne sur une base extraterritoriale.

62. Dans l'enquête relative à l'affaire de l'oxygène ayant abouti à une condamnation par le TDLC (décision n° 43/2006 du TDLC en date du 7 septembre 2006, cassée en appel par la Cour suprême), le FNE a demandé des informations sur une affaire similaire à la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia of Argentina*.
63. Décision n° 23/2005 du TDLC en date du 19 juillet 2005.
64. Décision n° 67/2008 du TDLC en date du 17 juin 2008 comportant plusieurs prescriptions à l'intention d'un organisme public sans but lucratif rendant des services de lutte contre les feux de forêt au moyen d'aéronefs.
65. Par exemple, la décision n° 65/2008 du TDLC en date du 5 mai 2008 précisait que le recours au pouvoir de l'acheteur [entendu au sens de pouvoir asymétrique de négociation] ne peut affecter la concurrence que s'il a une influence permanente sur la fourniture total des produits sur le marché, que cette influence se traduise en termes de réduction des quantités, de hausse des prix ou de réduction des investissements dans la recherche-développement (Gr. 104)
66. D.F.L. n° 4/20,208 of 2007 et décret N° 327 de 1988.
67. Décision n° 389/1993 de la *Comisión Resolutiva* en date du 16 avril 1993.
68. Décision n° 77/2008 du TLDC en date du 4 novembre 2008.
69. Décision n° 81/2009 du TDLC en date du 16 janvier 2009
70. DFL N° 1 de la « Ley General de Servicios Eléctricos del Ministerio de Minería » de 1982, aujourd'hui repris dans le D.F.L. n° 4/20.018, 2007.
71. Décision n° 488/1997 de la *Comisión Resolutiva* et décision n° 667/2002 de la *Comisión Resolutiva*. Il n'a pas été fait appel de la décision n° 488 et la décision n° 667 a été confirmée par la Cour suprême.
72. Décision n° 22/2007 du TDLC en date du 19 octobre 2007.
73. La Commission de la concurrence a défini le marché des services longue distance par sa résolution n°389/1989. Le raisonnement mis en œuvre dans cette décision a finalement servi à étayer le Décret suprême n° 189 de

Subtel (1994) concernant le système système à ondes porteuses multiples longues distances. Aujourd'hui, le système à ondes porteuses multiples est réglementé par la loi sur les télécommunications (articles 24 bis et 26).

74. Décision n° 1/2004 du TDLC en date du 25 octobre 2004.
75. Décision n° 45/2006 du TDLC en date du 26 octobre 2006.
76. Instruction générale n° 1/2006 du TDLC en date du 8 juin 2006.
77. Dossier NC 246-08 – TDLC.
78. Résolution n° 1498/2004 de SUBTEL; modifiée ultérieurement par la résolution n° 486/2005 du 28 avril 2005.
79. Décisions ayant un rapport avec cette question : Décision n° 10/2005 du TDLC en date du 11 août 2005 et décisions antérieures regroupées sous le n° 1014 de la Commission consultative centrale.
80. La décision relative à cette affaire a été récemment publiée (sentence n° 81/2009 TDLC)
81. Décision n° 2/2005 du TDLC en date du 1er avril 2005.
82. Décision n° 45/2006 du TDLC en date du 26 octobre 2006.
83. Décision n° 18/2005 du TDLC en date du 10 juin 2005.
84. Décision n° 61/2007 du TDLC en date du 27 décembre 2007.
85. Décision n° 11/2006 du TDLC en date du 24 janvier 2006.
86. Décision n° 10/2005 du TDLC en date du 11 août 2005.
87. Décision n° 22/2007 du TDLC en date du 19 octobre 2007.
88. Instruction générale n° 1/2006 du TDLC en date du 8 juin 2006.
89. Voir note de bas de page n° 1
90. Disponible sur: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/60/34823239.pdf>
91. Voir OCDE, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy* (2008) pour les aspects situés hors du champ du droit et de la politique de la concurrence.

Bibliographie

De León, Ignacio, (2000) The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America, *World Competition*, Vol. 23, No. 4, p. 115 (décembre 2000).

Fiscalía Nacional Económica (2008), Réponse au questionnaire de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence au Chili.

Galetovich, Alexander (2007), *Competition Policy in Chile*.

Gonzalez, Aldo (2008), *Quality of Evidence and Cartel Prosecution. The case of Chile*, à paraître dans Daniel Sokol, *Antitrust in Latin America*.

Forum sur la concurrence en Amérique latine (2004), *Competition Law and Policy in Chile: A Peer Review*. OCDE et Banque interaméricaine de développement, Paris.