

ATF 148 II 182 | TF, 08.12.2021, 2C_148/2018*

La procédure applicable en matière de droit de la concurrence est une procédure administrative, à laquelle le droit pénal administratif n'est pas applicable. Il est ainsi impossible d'être complice d'une infraction de restriction illicite à la concurrence.

Faits

Plusieurs entreprises pharmaceutiques communiquent au public des listes de prix de vente conseillés pour certains médicaments contre les dysfonctions érectiles, ce qui constitue un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 en lien avec l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ATF 141 II 66). Les parties à l'accord sont sanctionnées par la Commission de la concurrence (COMCO) selon l'art. 49a LCart. Dans sa décision, cette dernière requiert en outre de quatre grossistes en pharmacie (ci-après : les défenderesses) de s'abstenir, dorénavant, de tout acte de complicité en lien avec ces prix publics conseillés (p. ex. transmission, traitement, publication, etc.).

Les grossistes recourent contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral, qui admet le recours et annule le considérant litigieux, sur la base de l'art. 3 al. 1 LCart. Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) forme un recours auprès du Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral admet le recours du DEFR (Arrêt 2C_77/2014 du 20 janvier 2015) et renvoie l'affaire à l'instance précédente pour nouvelle décision. Dans sa nouvelle décision, le Tribunal administratif fédéral admet à nouveau le recours des grossistes. Suite à un nouveau recours du DEFR, il revient au Tribunal fédéral de déterminer si les défenderesses ont contribué à l'accord en tant que complices et si, cas échéant, il convient de les sanctionner.

Droit

Le Tribunal fédéral explique que les défenderesses constituent un élément charnière entre les parties à l'accord - les fabricant·e·s de médicaments d'un côté et les points de vente de l'autre - car elles mettent à disposition de ces dernières le logiciel informatique utilisé.

En cas de contravention à une décision des autorités en matière de concurrence, les art. 54

ss LCart prévoient des sanctions pénales, ainsi que l'applicabilité de la DPA (cf. art. 57 LCart). L'art. 5 DPA sanctionne la complicité. La complicité à une contravention à une décision de la COMCO (art. 54 ss LCart) serait ainsi punissable. Cela étant, étant donné qu'en l'espèce, la décision litigieuse ne résulte pas du non-respect, par les défenderesses, d'une décision préalable de la COMCO ou d'une instance de recours, l'art. 54 LCart (en lien avec l'art. 5 DPA) ne trouve pas application.

Plus généralement, en cas de restriction illicite de la concurrence, la LCart prévoit la prise de décisions (art. 30 LCart) et de sanctions administratives (art. 49a ss LCart). En effet, au-delà du renvoi à l'art. 5 DPA, bien que la sanction prévue à l'art. 49a al. 1 LCart revête un certain caractère pénal et que certains principes pénaux soient donc applicables (ATF 146 II 217, consid. 8.2 et 8.5), la procédure de droit des cartels demeure une procédure administrative (ATF 145 II 259, résumé *in* : LawInside.ch/801, consid. 2.6.2). L'applicabilité des garanties identiques à celles du droit pénal (*strafrechtsähnlich*) se base directement sur la CEDH et non pas sur la DPA ; par conséquent, l'art. 5 DPA n'est pas applicable en lien avec l'art. 49a al. 1 LCart. Partant, les sanctions administratives des art. 49a ss LCart ne peuvent viser que les entreprises qui remplissent elle-mêmes les conditions de l'art. 4 al. 1 en lien avec les art. 2 et 5 LCart soit, en l'espèce, qui se sont alignées les unes sur les autres de manière illicite (art. 5 LCart) ou qui ont pris part à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (art. 49a al. 1 LCart) - et non des « complices » au sens de la DPA.

D'après le Tribunal fédéral, en obligeant les défenderesses à s'abstenir, à l'avenir, d'autres actes de complicité, la COMCO se réfère à de prétendus comportements illicites passés. Ce faisant, elle ne fait que brièvement constater que les défenderesses auraient été complices d'au moins l'un·e des membres de l'accord, sans toutefois clarifier les faits y relatifs. Le Tribunal administratif fédéral, pour lequel il n'existe pas d'accord de concurrence, ne détermine pas davantage la situation de fait. Or, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de rattraper cela (cf. art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF) . En l'absence d'un état de fait suffisamment établi, le Tribunal fédéral ne peut examiner si les grossistes seraient eux-mêmes parties à un accord illicite sur les prix. Selon les développements qui précèdent, ils ne peuvent en tout état faire l'objet d'une décision administrative au sens de l'art. 30 LCart ou être sanctionnés en tant que « complices » d'un tel accord. Partant, le Tribunal fédéral rejette le

recours.

Proposition de citation : MARION CHAUTARD, La complicité en matière de droit de la concurrence, in:

<https://lawinside.ch/1133/>