

La complicité en matière de droit de la concurrence

Auteur : Marion Chautard

Date : 15 janvier 2022

[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 de DEFR 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.