

# **BGer 2P.67/2001 vom 1. November 2001**

Bundesgericht, 2001-11-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2P.67\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.67_2001)

FR: TF 2P.67/2001 du 1 novembre 2001

IT: TF 2P.67/2001 del 1 novembre 2001

## **Regeste**

Droit fondamental

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 127 III 41 consid. 1a. p. 42; 126 I 81 consid. 1 p. 83 et les arrêts cités).

### **E. 2**

a) Déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le présent recours remplit en principe les conditions de recevabilité des art. 84 ss OJ , de sorte que le Tribunal fédéral peut entrer en matière. b) Aux termes de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ , le recours de droit public doit - sous peine d'irrecevabilité - contenir un exposé des faits essentiels et un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés, et préciser en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un tel recours, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier, de lui-même, si la décision attaquée est en tout point conforme au droit et à l'équité; il n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux ( ATF 125 I 71 consid. 1c p. 76; 115 Ia 27 con-sid. 4a p. 30; 114 Ia 317 consid. 2b p. 318). En outre, dans un recours pour arbitraire fondé sur l' art. 9 Cst. (cf. art. 4 aCst. ), le recourant ne peut pas se contenter de critiquer la décision entreprise comme il le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Il doit préciser en quoi la décision attaquée serait arbitraire, ne reposerait sur aucun motif sérieux et objectif, apparaîtrait insoutenable ou heurterait gravement le sens de la justice ( ATF 125 I 492 consid. 1b p. 495 et la jurisprudence citée). C'est à la lumière de ces principes que doit être appréciée l'argumentation du recourant.

### **E. 3**

Le recourant reproche à l'autorité intimée d'avoir insuffisamment motivé sa décision, singulièrement de n'avoir pas examiné tous les arguments qu'il avait invoqués devant elle. Il y voit une violation de son droit d'être entendu. Tel qu'il est garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. (cf. l' art. 4 aCst. ), le droit d'être entendu implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision ( ATF 122 IV 8 consid. 2c p. 14/15). La motivation d'une décision est toutefois suffisante lorsque l'intéressé est mis en mesure d'en apprécier la portée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause. Il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé son prononcé, sans qu'elle soit tenue de répondre à tous les arguments avancés (SJ 1994 p. 161 consid. 1b p. 163; ATF 117 Ia 1 consid. 3a p. 3/4). L'autorité intimée n'avait donc pas, quoi qu'en pense le recourant, à examiner dans le détail et à discuter tous les moyens qu'il avait soulevés. Elle

pouvait au contraire restreindre, comme elle l'a fait, son examen aux arguments qui lui paraissaient revêtir le plus de pertinence. Le grief est mal fondé.

#### **E. 4**

a) Sur le fond, le recourant soutient que la décision attaquée porterait atteinte à sa liberté économique garantie à l'art. 27 Cst., au motif que l'autorité intimée aurait appliqué de manière insoutenable le droit cantonal. Tel qu'allégué, ce grief se confond, en réalité, avec celui tiré de l'arbitraire (art. 9 Cst.), dans la mesure où le recourant se limite à critiquer la manière dont le droit cantonal a été interprété et appliqué à son cas, sans dire en quoi il subirait une restriction à sa liberté économique qui ne serait pas conforme aux exigences de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité par rapport au but visé). Quoi qu'il en soit, pas plus la sanction infligée au recourant (un blâme assorti d'une amende) que les mesures sur lesquelles se fonde cette sanction (en particulier l'interdiction de vendre de la mélatonine) ne représentent une atteinte grave au principe de la liberté économique, de sorte que le Tribunal fédéral n'examine que sous l'angle de l'arbitraire l'interprétation et l'application du droit cantonal, même lorsqu'est invoquée une violation de l'art. 27 Cst. (cf. ATF 125 I 417 consid. 4c p. 423). b) Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. De plus, il ne suffit pas que les motifs de l'arrêt attaqué soient insoutenables, encore faut-il que ce dernier soit arbitraire dans son résultat. Il n'y a en outre pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (ATF 125 I 166 consid. 2a p. 168 et la jurisprudence citée). La nouvelle Constitution n'a pas amené de changements à cet égard (cf. art. 8 et 9 Cst.; ATF 126 I 168 consid. 3a p. 170).

#### **E. 5**

a) L'art. 32 de la loi cantonale, dont le recourant estime qu'il a été appliqué arbitrairement par l'autorité cantonale, dispose ce qui suit : "1 Les agents thérapeutiques, au sens de la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments et de ses dispositions d'exécution, ne peuvent être mis dans le commerce sans l'autorisation du département. L'autorisation est délivrée sur présentation du rapport d'expertise et du préavis de l'office intercantonal de contrôle des médicaments (ci-après: l'office intercantonal). Ce préavis lie le département. 2Toutefois, les spécialités de comptoir sont exemptées de l'obligation d'enregistrement dans les limites précisées par l'office intercantonal.. " b) aa) Selon l'autorité intimée, le recourant a violé cette disposition en mettant sur le marché de la mélatonine, car la commercialisation de ce produit a été interdite par le Pharmacien cantonal. Le recourant objecte que la mélatonine qu'il a vendue est une spécialité de comptoir destinée à l'exportation et que, comme telle, sa commercialisation n'est soumise à aucune restriction, de sorte qu'une interdiction de vente ne pouvait lui être signifiée. Il fonde son opinion sur l'art. 4 du règlement d'exécution du 10 mars 1975 de la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments (ci-après: le règlement d'exécution de la convention) dont l'alinéa premier a la teneur suivante: "Les spécialités de comptoir sont des spécialités pharmaceutiques pour lesquelles aucune réclame publique n'est faite et qui sont: a) les spécialités pharmaceutiques fabriquées par le pharmacien lui-même, selon sa propre formule et vendues uniquement dans son officine (catégorie Ia); b) les spécialités

pharmaceutiques que le pharmacien fait fabriquer selon sa propre formule par une autre maison et qu'il vend uniquement dans son officine (catégorie Ib); c) les spécialités pharmaceutiques fabriquées en série par un fabricant qui les livre à des pharmaciens et que chacun d'eux vend sous son nom, uniquement dans son officine (catégorie IIa); d) les spécialités pharmaceutiques fabriquées en série par un fabricant qui les livre à des pharmaciens et que chacun d'eux vend sous son nom, uniquement dans son officine et sous une désignation ou marque qui lui est propre (catégorie IIb)". Dans son raisonnement, le recourant commence par distinguer les spécialités de comptoir selon qu'elles sont soumises à l'obligation d'être enregistrées auprès de l'Office intercantonal (catégories IIa ou IIb) ou selon qu'elles ne le sont pas (catégories Ia ou Ib). Bien qu'il ne le dise pas, cette distinction découle de l'art. 25 du règlement d'exécution de la convention. Étant donné que les spécialités de comptoir de la catégorie I ne sont pas soumises à une telle obligation, le recourant en infère que leur contrôle est du seul ressort des cantons, par opposition aux spécialités de comptoir de la catégorie II qui, elles, doivent être enregistrées avant d'être mises sur le marché. Se référant à l'opinion du Département cantonal (décision du 23 juin 2000, p. 14), il fait ensuite entrer la mélatonine qu'il commercialise dans les catégories IIa ou IIb des spécialités de comptoir et, enfin, s'appuyant sur une lettre du 18 janvier 2000 de l'Office intercantonal (à la Commission), il conclut qu'il n'a besoin d'aucune autorisation de vente. La lettre précitée comprend le passage suivant: "Un médicament destiné à l'exportation n'a pas nécessairement besoin d'un enregistrement en Suisse, si cela n'est pas explicitement demandé par les autorités réglementaires du pays importateur". bb) On peut se demander si cette argumentation est recevable, dès lors qu'elle est alléguée de manière relativement confuse et sur un mode essentiellement appellatoire. Toutefois, fût-elle recevable, elle est de toute façon manifestement mal fondée, de sorte que la question de sa recevabilité peut rester indécise. L'argumentation du recourant repose en effet tout entière sur le postulat que la mélatonine qu'il commercialise doit être considérée comme une spécialité de comptoir. Or, du moment qu'il la vend par correspondance, de surcroît - si l'on en croit ce qu'il prétend - seulement à l'étranger, la mélatonine en cause ne relève manifestement pas des spécialités de comptoir au sens de l'art. 4 du règlement d'exécution de la convention, celles-ci ne pouvant être qualifiées de la sorte que si elles sont vendues dans l'officine même du pharmacien. L'Office intercantonal a d'ailleurs clairement exposé, dans une lettre du 18 janvier 2000, qu'une spécialité de comptoir ne pouvait en aucun cas être destinée à l'exportation, précisant que les indications contraires qui résultaient d'une précédente lettre procédaient d'un lapsus calami. Au demeurant, même si la mélatonine devait être rangée dans les spécialités de comptoir, la situation du recourant ne serait pas différente. En effet, vu sa qualité incontestée d'agent thérapeutique au sens de la convention intercantonale du 3 juin 1971 sur le contrôle des médicaments (ci-après: la convention), la mélatonine doit nécessairement faire l'objet d'une autorisation du Département cantonal avant d'être mise dans le commerce, conformément à ce que prévoit l'art. 32 al. 1 de la loi cantonale. Or, non seulement une telle autorisation fait défaut en l'occurrence, mais il existe, de surcroît, une interdiction expresse prononcée par le Pharmacien cantonal concernant la vente de spécialités pharmaceutiques à base de mélatonine, y compris lorsque celles-ci sont vendues sous la forme de spécialités de comptoir (circulaire du 6 décembre 1995). A cet égard, il est sans importance que l'activité du recourant ait commencé avant décembre 1995 du moment qu'elle s'est poursuivie et déroulée essentiellement dans les années suivantes. C'est dire que l'autorité intimée n'est pas tombée dans l'arbitraire en considérant que le recourant avait violé l'art. 32 al. 1 de la loi cantonale. c) Le recourant

soutient également, pour justifier son comportement, que la mélatonine ne figure sur aucune des listes établies par l'Office intercantonal, de sorte qu'elle peut, à son avis, être vendue sans ordonnance. Il relève que si l'Office intercantonal entend placer la mélatonine dans les produits vendus seulement sur ordonnance, il doit le faire expressément, l'opinion de son juriste n'étant qu'une déclaration d'intention dénuée de portée sur laquelle il serait "arbitraire de fonder la violation de la loi qu'(il) aurait commise et (de) justifier la sanction prise à son encontre". Ce point de vue est insoutenable. La question n'est en effet pas tant de savoir si la mélatonine peut, ou non, être vendue sans ordonnance, mais si, comme telle, sa commercialisation est autorisée au regard de l'art. 32 al. 1 de la loi cantonale. Or, l'injonction faite par le Pharmacien cantonal dans sa circulaire du 6 décembre 1995 ne laisse, à cet égard, place à aucun doute: il y est en effet clairement spécifié, comme on l'a vu, que les spécialités pharmaceutiques à base de mélatonine, y compris les spécialités de comptoir, sont formellement interdites à la vente. Le recourant, qui connaissait parfaitement l'existence de cette interdiction pour se l'être fait rappeler à plusieurs reprises, est donc particulièrement malvenu de reprocher à l'Office intercantonal de prétendus manquements qui, au surplus, s'avèrent dénués de pertinence. Au vrai, les critiques formulées par le recourant procèdent d'une méconnaissance - qui ne laisse pas de surprendre de la part d'un pharmacien - du rôle de l'Office intercantonal et, plus particulièrement, de la procédure applicable en matière de commercialisation et d'enregistrement des médicaments. En effet, les listes établies par l'Office intercantonal visent essentiellement à déterminer le mode de vente des substances médicamenteuses (cf. art. 19 et 32 du règlement d'exécution de la convention); or, à l'exception de certaines spécialités de comptoir (cf. art. 25 al. 2 du règlement d'exécution de la convention), seuls les médicaments qui ont été expertisés et enregistrés (et donc agréés) par l'Office intercantonal peuvent obtenir une autorisation cantonale et être mis en vente (cf. art. 3 al. 5 de la convention). En d'autres termes, un agent thérapeutique qui n'a fait l'objet d'aucune procédure d'enregistrement - comme c'est le cas des produits à base de mélatonine vendus par le recourant - ne figure sur aucune des listes établies par l'Office intercantonal et ne peut, par voie de conséquence, pas être mis en vente (cf. Patricia Luthy, Enregistrement et contrôle des médicaments sur les marchés des produits pharmaceutiques suisse et européen, thèse Lausanne 1992, p. 55 s.; Anne Frey, L'autorisation de mise sur le marché des médicaments en Suisse, en France et au plan européen, Bâle 1981 p. 13; P. Fischer, Développement, tâches et organisation de l'Office intercantonal de contrôle des médicaments, 75 ans de contrôle intercantonal des médicaments, Berne 1975, p. 67 s.). d) Le recourant fait encore valoir que les produits à base de mélatonine non destinés à être vendus en Suisse, mais seulement à l'étranger, ne seraient pas soumis à l'obligation d'être enregistrés auprès de l'Office intercantonal, de sorte que la sanction prononcée à son encontre serait, pour ce motif également, arbitraire. aa) L'autorité intimée a toutefois retenu que le recourant avait vendu de la mélatonine non seulement à l'étranger, mais aussi en Suisse, en se fondant, entre autres éléments, sur le fait que ce produit avait figuré durant un certain temps sur un fichier de la société G. \_\_\_\_\_ SA, à Genève, sur le fait, également, que les autorités sanitaires bâloises et zurichoises avaient attesté la distribution de mélatonine provenant de la Pharmacie dans leur canton et, enfin, sur le fait que l'intéressé avait distribué du matériel publicitaire en Suisse, notamment à une pharmacienne vaudoise. Étayée par des circonstances concrètes et précises, cette appréciation des faits échappe à l'arbitraire et lie par conséquent le Tribunal fédéral (cf. ATF 120 Ia 31 con-sid. 4b p. 40; 119 Ia 362 consid. 3a p. 366). Pour ce motif déjà, le grief apparaît mal fondé. bb) Par ailleurs, l'autorité intimée a également constaté, vu les

importantes quantités de mélatonine que le recourant avait importées des États-Unis, qu'il en avait commercialisé sur une large échelle "à partir du canton de Genève", c'est-à-dire sans égard au fait que la marchandise fût vendue directement en Suisse ou dût être expédiée à l'étranger. En effet, se référant à la notion de prestation caractéristique connue en droit international privé (cf. art. 117 al. 3 let. a de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP]; RS 291), l'autorité intimée a considéré que l'élément décisif pour juger du caractère répréhensible des actes reprochés au recourant était que la livraison de la marchandise se fût déroulée à Genève, "soit de la main à la main, soit par d'autres canaux de distribution". Certes, le recourant soutient que l'autorité intimée aurait dû s'assurer, avant d'interpréter la loi cantonale, que celle-ci contenait une véritable lacune en ce qui concerne la volonté de soumettre à un régime d'autorisation la vente de médicaments destinés à l'étranger. Il ne fait toutefois état d'aucun élément de nature à établir que le silence de la loi serait, comme il le souhaite, qualifié, de sorte que le grief ainsi soulevé est irrecevable, car il ne répond pas aux exigences de motivation posées par l' art. 90 al. 1 lettre b OJ . cc) C'est le lieu de relever que la mélatonine est interdite à la vente dans la plupart des États qui entourent la Suisse, et notamment en France et en Allemagne (cf. préavis de la Commission rédigé en procédure cantonale le 9 février 2000, p. 14), pays dans lesquels le recourant a reconnu avoir vendu des produits à base de cette substance (cf. procès-verbal d'audition du 17 mars 1997, p. 3). L'interprétation de l'autorité intimée apparaît ainsi d'autant moins arbitraire qu'elle permet de répondre, dans une certaine mesure du moins, aux critiques qui se font jour depuis plusieurs années déjà au sujet de l'absence de contrôle qui prévaut, la plupart du temps, pour les médicaments destinés à l'exportation (cf. le message du Conseil fédéral du 1er mars 1999 concernant la future loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux [Loi sur les produits thérapeutiques, LPT] in FF 1999 III p. 3159; cf. également l'art. 21 de cette future loi - dont l'entrée en vigueur n'a pas encore été fixée - ainsi que le message précité du Conseil fédéral, p. 3170). En tout état de cause, l'attitude du recourant, consistant à vendre de la mélatonine dans des pays où sa commercialisation est interdite, témoigne d'un grave mépris des règles déontologiques qui régissent sa profession.

## **E. 6**

a) Le recourant se prévaut également de la violation du principe de l'égalité de traitement, en faisant valoir qu'il a été sanctionné pour avoir vendu des médicaments par correspondance (art. 33 al. 2 de la loi cantonale) alors que d'autres pharmaciens établis dans le canton de Genève procéderaient de même sans être inquiétés par les autorités. Ce grief n'est pas fondé. En effet, le Département cantonal est intervenu pour mettre fin aux pratiques de vente dénoncées par le recourant, (cf. lettre du Pharmacien cantonal du 18 février 1998), de sorte que celui-ci ne saurait se prévaloir d'une inégalité de traitement (pas d'égalité dans l'illégalité; cf. ATF 125 II 152 consid. 5 p. 166; 122 II 446 consid. 4a p. 451-452). b) Se référant à l'arrêt MediService SA ( ATF 125 I 474 ) et à la note que François Bellanger a rédigée à propos de cette jurisprudence (SJ 2000 I p. 382 ss), le recourant voit également une violation du principe de l'égalité de traitement dans le fait qu'un pharmacien pratiquant dans le canton de Vaud pourrait, selon lui, vendre des médicaments par correspondance dans le canton de Genève, sans que l'inverse ne soit possible. Cette assertion est inexacte dès lors que le canton de Vaud interdit lui aussi la vente de médicaments par correspondance (cf. l'art. 3 du règlement vaudois du 28 janvier 1998 sur la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments, aujourd'hui abrogé et remplacé par le règlement vaudois du 8 janvier 2001 sur la mise dans le commerce des médicaments destinés à la médecine humaine, dont l'art. 6 prohibe également la vente de

médicaments par correspondance). En réalité, ce que le recourant met en cause, c'est le fait qu'un pharmacien établi dans un canton autorisant la vente de médicaments par correspondance puisse tirer argument de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943. 02) pour vendre des médicaments par correspondance dans toute la Suisse, tandis qu'un pharmacien installé à Genève ne pourrait le faire. Ce n'est toutefois là rien d'autre que l'application du principe dit "Cassis-de-Dijon" consacré par la loi sur le marché intérieur (cf. ATF 125 I 474 consid. 3 p. 483), laquelle lie le Tribunal fédéral ( art. 191 Cst. ; cf. art. 113 al. 3 aCst ). Quoi qu'il en soit, sauf à vider le principe du fédéralisme de sa substance, il faut admettre qu'un pharmacien exerçant son activité dans un canton où la vente de médicaments par correspondance est autorisée ne se trouve pas dans la même situation qu'un confrère qui serait établi dans un canton interdisant un tel mode de vente. Le grief tiré de la violation du principe de l'égalité de traitement est donc dénué de pertinence (cf. ATF 125 I 1 consid. 2b/aa p. 4 et la jurisprudence citée).

#### **E. 7**

Implicitement, le recourant invoque encore une application arbitraire de "l'art. 27bis" (recte: art. 30A) du règlement d'exécution de la convention, en arguant qu'à teneur de cette disposition, seul l'Office intercantonal pourrait prendre des sanctions en matière d'infractions aux règles régissant la publicité des médicaments, à l'exclusion du Département cantonal. Certes l'Office intercantonal est compétent pour exiger le retrait d'une publicité illicite ou la publication d'un communiqué rectificatif (art. 30A al. 2 du règlement d'exécution de la convention) voire, en cas de violations graves et répétées des dispositions sur la publicité auprès du public, pour retirer l'autorisation de faire de la publicité à l'entreprise responsable de la mise dans le commerce de l'agent thérapeutique concerné (art. 30A al. 4 du règlement d'exécution de la convention). Ce ne sont toutefois là nullement des sanctions à proprement parler, mais de simples mesures destinées à rétablir une situation conforme au droit, ce qui n'enlève donc rien, contrairement à l'opinion du recourant, à la compétence du Département cantonal pour prendre des sanctions administratives ou pénales en cas d'agissement professionnel incorrect (cf. art. 139 al. 2 let. b de la loi cantonale). L'Office intercantonal n'a d'ailleurs pas manqué d'avertir le recourant que s'il continuait à faire de la publicité illicite pour ses produits, il serait dénoncé au Département cantonal afin que soient prises à son encontre toutes les mesures pénales et administratives utiles (lettre de l'Office intercantonal du 4 décembre 1998 au recourant). Là encore, le grief se révèle mal fondé.

#### **E. 8**

Enfin, du moment que la démonstration n'est pas apportée que la mesure de la sanction infligée au recourant serait arbitraire, ce grief est tout simplement irrecevable au regard de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ .

#### **E. 9**

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit, dans la mesure où il est recevable, être rejeté. Succombant, le recourant supportera les frais judiciaires ( art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ ). Il n'a par ailleurs pas droit à des dépens ( art. 159 al. 1 OJ ).