

GE_GERICHTE A/383/2001 vom 11. Juni 2002

GE Cour de justice, 2002-06-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_383_2001

FR: GE_GERICHTE A/383/2001 du 11 juin 2002

IT: GE_GERICHTE A/383/2001 del 11 giugno 2002

Regeste

SANCTION ADMINISTRATIVE; AMENDE; MEDICAMENT;
PUBLICITE(COMMERCE); ASAN | La commercialisation de médicaments par le
recourant, sans autorisation, volontairement, en pleine connaissance de cause et sur une
longue période, justifie le prononcé d'une amende de CHF 50'000.- à son encontre. |
LPS.108; LPS.110; LPS.5 al.1 litt.b

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable à la forme (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 119 de la loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 - LEPS - K 3 05; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 2

La LEPS ne contient pas de dispositions sur la prescription de la procédure disciplinaire, et le tribunal de céans a eu l'occasion de juger qu'une prescription relative de cinq ans, et absolue de sept ans et demi, pouvait être retenue par comparaison avec des professions également soumises à la surveillance disciplinaire (avocat, notaire, architecte, ingénieur; ATA H. du 23 janvier 2001, H. du 28 juillet 1998, C. du 26 août 1997, H. du 18 mars 1997). Selon l'article 71 du Code pénal suisse du 31 décembre 1937 (CPS - RS 311.0), la prescription court du jour où le délinquant a exercé son activité coupable, si cette activité s'est exercée à plusieurs reprises, du jour du dernier acte ou si ses agissements ont une certaine durée, du jour où ils ont cessé. En l'espèce, les comportements reprochés à X. S.A. et à M. M. se sont prolongés de manière continue - d'ailleurs jusqu'à la décision querellée - et le tribunal de céans considérera que la procédure disciplinaire a réellement débuté avec la décision de la sous-commission B du 20 décembre 1998 d'instruire conjointement tous les griefs. Par ailleurs, l'autorité administrative n'a pas cessé d'instruire depuis lors, et le recourant, qui a multiplié les démarches dilatoires, est particulièrement mal venu de faire grief à l'autorité d'avoir instruit « à doses homéopathiques » (recours, § 134). Le tribunal de céans statuant au mois de juin 2002, ni la prescription relative, ni la prescription absolue ne sont atteintes. Par ailleurs, les faits pertinents sont établis et un second échange d'écritures n'est pas nécessaire.

E. 3

Le commerce et la fabrication de produits thérapeutiques sont soumis à la LEPS dans le cadre des accords internationaux et du droit fédéral (art. 2 let. i LEPS). L'exploitation d'une entreprise fait notamment l'objet d'une autorisation délivrée par le Conseil d'Etat (art. 5 al. 1

let. b LEPS).

E. 4

L'exploitant qui contrevient aux dispositions de la LEPS est passible de sanctions administratives (art. 108 LEPS). Le DASS est compétent pour infliger l'avertissement, le blâme et l'amende jusqu'à CHF 50'000.-, laquelle peut être cumulée avec une autre des sanctions (art. 110 LEPS).

E. 5

La LEPS a été modifiée au cours de la présente procédure. Toutefois, dans son ancienne teneur, en vigueur jusqu'au 1^{er} septembre 2001, la LEPS prévoyait la même surveillance (art. 1 let. f aLEPS), la même exigence d'autorisation (art. 4 aLEPS) et les mêmes sanctions (art. 139 et 141 aLEPS).

E. 6

En effet, l'ancien comme le nouveau droit cantonal prévoient que la fabrication et la mise sur le marché de substances thérapeutiques sont soumises à autorisation. Alors que dans l'ancien droit l'autorisation était de la compétence du département (art. 32 aLEPS), le nouveau droit (art. 96 LEPS) prévoit qu'elle est en principe de la compétence de l'institut suisse des produits thérapeutiques (ISPT, qui a remplacé l'OICM), lequel établit la pharmacopée et dirige la procédure dite d'"autorisation de mise sur le marché" (art. 8 ss, not. 9 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 - LPTh - RS 812.22). En pratique toutefois, sous l'ancien droit l'autorisation de fabrication ou de commercialisation n'était délivrée que sur préavis de l'OICM, lequel liait le département (art. 32 al. 1 aLEPS).

E. 7

De même, la notion d'agent thérapeutique était définie sous l'ancien droit par la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 3 juin 1971 (RS 812.101), et elle est aujourd'hui définie par la LPTh. Dans l'usage courant, un médicament est une « substance employée pour traiter une affection ou une manifestation morbide » (dictionnaire Robert). Dans le langage médical, le terme désigne une « substance thérapeutique, quel que soit son mode d'administration » (Delamare, Dictionnaire abrégé des termes de médecine), ou encore « toute substance entrant dans la composition d'une préparation pharmaceutique et utilisée pour modifier ou explorer un système physiologique ou un état pathologique dans l'intérêt de la personne qui le reçoit » (Fattorusso/Ritter, Vademecum clinique). La convention intercantonale sur le contrôle des médicaments se bornait à prévoir le contrôle des « médicaments et des spécialités pharmaceutiques qui leur sont assimilées » (art. 2 al. 2 let. a) et renvoyait à la pharmacopée helvétique. Selon la LPTh, sont des médicaments « les produits d'origine chimique ou biologique destinés à agir médicalement sur l'organisme humain ou animal, ou présentés comme tels, et servant notamment à diagnostiquer, à prévenir ou à traiter des maladies, des blessures et des handicaps [...] » (art. 4 al. 1 let a LPTh). La définition du médicament, et partant le champ des substances assujetties au contrôle et à l'autorisation, n'ont donc pas varié.

E. 8

Le tribunal de céans considérera donc que les éléments constitutifs objectifs de l'infraction disciplinaire de commercialisation de médicaments sans autorisation ont été repris, mutatis mutandis, dans le nouveau droit, qui ne saurait donc être tenu pour une *lex mitior*.

E. 9

Il convient d'examiner si l'infraction a été réalisée.

E. 10

En l'espèce, la réclame diffusée par M. M. et X. S.A. évoque systématiquement la maladie, énonce des indications médicales précises, et suggère toujours, plus ou moins explicitement, que les produits diffusés par X. S.A. auront un effet thérapeutique. Les prospectus vantent la « Nutrithérapie (Thérapie de la nourriture) », recommandent de « soigner » les organes, de prévenir l'apparition des « maladies » par des « traitements » (procédure 14/94/B, pièce 7 commission), et proposent de « vaincre l'acné », présentée comme une « maladie de la jeunesse » (prospectus "Arko-Santé", procédure 8/93/B, pièce 1 commission). Dans un publipostage commercial du 24 mars 1994, M. M. indique que « la Nutrithérapie doit être notre médecine quotidienne », car « la Nutrithérapie, c'est tout simplement apprendre à se soigner avec son alimentation quotidienne », et plus loin : « attachez-vous toujours à ce que la nourriture soit votre médicament » (procédure 14/94/B, pièce 9 commission). Les maladies sont souvent citées et les indications sont précises : « hypertension », « troubles du sommeil », « maladies veineuses et capillaires : jambes lourdes, varices graves, séquelles de phlébite, oedèmes des jambes [] » (réclame pour les "Actifluides", procédure 8/93/B, pièce 1 commission), « érythème » [sic] du bébé, « boutons de fièvre » (i.e. herpès buccal) (prospectus "Arko News", procédure 14/98/B, pièce 2 commission). Les effets thérapeutiques des produits sont allégués : « Elle permet aussi une bonne amélioration de l'asthme bronchique », « [] particulièrement efficace pour lutter contre toutes les affections rhumatismales » (réclame pour les "Actifluides", procédure 8/93/B, pièce 1 commission), « traiter les fièvres [] efficace contre les maux de tête » (réclame du "Fitofébril", procédure 14/94/B, pièce 13 commission). À propos de cystite, un prospectus de M. M., après avoir proposé un diagnostic, poursuit ainsi : « Si vous constatez les symptômes décrits plus haut, consultez votre médecin, et prenez une plante extrêmement efficace : la busserole, que vous trouverez chez votre pharmacien sous forme d'Arkogélules. » Le texte s'achève par un « conseil : Matin et soir, au moment des repas, 2 gélules busserole avec un grand verre d'eau. [] ». Le même procédé est employé à propos de l'ostéoporose (ibid.). L'"Arkogélule Millepertuis" est présentée comme « l'antidépresseur végétal », dont les indications et la posologie sont ensuite détaillées, et la commande proposée auprès de X. S.A. (prospectus "Arko News", procédure 14/98/B, pièce 2 commission).

E. 11

Certes, il n'est pas rare que les prospectus emploient le conditionnel, mais cette tournure doit être regardée comme une simple précaution de style, dont M. M. ne saurait aucunement se prévaloir. En effet, la présentation, fût-ce au conditionnel, d'un grand nombre de propriétés thérapeutiques est de nature à - et a pour but de - faire naître dans l'esprit du lecteur la conviction que le médicament est réellement efficace contre les maladies indiquées. Loin de relativiser la vraisemblance de ces propriétés thérapeutiques, le procédé consistant à attribuer les affirmations à des tiers vient encore renforcer l'apparence de sérieux, lorsque ces tiers sont, comme en l'espèce, des médecins ou des instituts scientifiques. Par comparaison, la déontologie scientifique élémentaire interdit de présenter pour avéré - et bien entendu de faire apparaître comme avéré - ce qui n'est qu'une hypothèse.

E. 12

Il n'est donc pas douteux que X. S.A. et M. M. ont intentionnellement promu leurs produits comme étant des médicaments, soit des substances thérapeutiques destinées à soigner des maladies. C'est en vain que M. M. explique qu'il promeut de simples compléments alimentaires. M. M. le reconnaît d'ailleurs dans un courrier adressé le 23 septembre au chimiste cantonal genevois, lorsqu'il affirme que le fondateur du laboratoire "Arkopharma" « a permis de prouver grâce à des analyses scientifiques que la phytothérapie était une médecine efficace à part entière. » (procédure 14/98/B, pièce 41 commission). De même, X. S.A. a-t-elle qualifié de « médicaments prophylactiques de phytothérapie » les gélules Mességué et les produits "Holistica" lorsqu'elle s'est adressée à l'administration fédérale des douanes le 21 août 1997 (procédure 14/98/B, pièce 1 commission).

E. 13

En outre, diverses substances commercialisées par M. M. et X. S.A. possédaient de réelles propriétés thérapeutiques (millepertuis, p. ex.), et entraient également pour ce motif dans la catégorie des médicaments.

E. 14

Le tribunal de céans considérera donc que c'est à juste titre que la décision querellée a retenu que X. S.A. et M. M. avaient mis dans le commerce des médicaments.

E. 15

Le tribunal de céans admettra également que c'est sans autorisation, et même parfois au mépris d'interdictions formelles et réitérées, que X. S.A. et M. M. ont commercialisé les médicaments susmentionnés.

E. 16

Les recourants invoquent les deux acquittements prononcés par le juge pénal. Leur raisonnement ne saurait être suivi. L'acquiescement prononcé par la Chambre pénale le 13 décembre 1999 était fondé sur un vice procédural, savoir le manque de clarté de la feuille d'envoi. Or, le jugement du Tribunal de Police du 3 avril 1990 avait établi « que c'est en vain que l'accusé soutient qu'il ne vend pas de médicaments puisque à l'évidence le fait de faire porter cette mention sur ces produits démontre qu'il soutient que celui-ci est propre à influencer l'organisme de l'homme et qu'il correspond donc à la définition du médicament indiquée ci-dessus. Que le même raisonnement peut être suivi pour bien d'autres produits distribués par l'accusé, puisque les emballages de ceux-ci indiquent quels effets ils sont susceptibles de produire sur l'organisme ». Quant au jugement du Tribunal de Police du 25 octobre 1999, il a accordé à M. M. le bénéfice du doute, et a retenu l'erreur de droit à propos de la commercialisation de quatre produits, et ce sur la base de courriers isolés de l'OFSP produits par M. M. à l'audience. De toute évidence, le juge pénal ne disposait pas d'une information complète sur la procédure et sur la connaissance très étendue qu'avait M. M. de la réglementation applicable et des infractions administratives répétées qu'il commettait. Le jugement relevait par exemple qu'il ignorait si les modifications d'emballages exigées par l'OICM avaient été apportées, alors même que la présente procédure montre que cela n'avait pas été le cas. En outre, c'est manifestement à tort que le juge pénal a retenu qu'il y avait un « flou quant à la qualification des produits dont il est question ». Enfin, c'est contre l'évidence que le juge pénal a admis l'inaction de l'autorité administrative. À propos d'erreur de droit, le tribunal de céans relèvera que le recourant n'a jamais méconnu le caractère

illicite de ses agissements, puisqu'il estimait, dans un courrier du 6 juillet 1994 déjà à la conseillère fédérale Ruth Dreifuss, qu' « il n'est sûrement pas nécessaire de légiférer tous azimuts, il suffit que s'instaure une certaine tolérance vis-à-vis de toutes les méthodes naturelles de prévention et de guérison. [] », et plus loin : « C'est une tolérance élémentaire que nous réclamons en attendant que, comme dans les autres pays d'Europe ou aux Etats-Unis, nos règlements soient adaptés enfin à l'époque moderne que nous vivons » (procédure 14/94/B, pièce 9 commission). S'il est vrai que M. M. a souvent exigé une tolérance de la part des autorités - et quelquefois sur un ton comminatoire, cf. infra § 18 - il est tout aussi vrai qu'il ne l'a jamais obtenue, et ne saurait aujourd'hui s'en prévaloir. C'est ainsi à bon droit que l'autorité ne s'est pas estimée liée par les décisions des juges pénaux lorsqu'elle a prononcé la sanction querellée.

E. 17

Le recourant reproche à l'autorité ses atermoiements, son manque de coordination et enfin un « esprit revanchard » (recours, § 201) et une « volonté de nuire » (recours, § 206). L'argumentation du recourant est téméraire. M. M. ou ses conseils successifs ont systématiquement sollicité la suspension de la procédure et le report d'audiences, invoquant tantôt le volume du dossier, tantôt des conflits d'audiences, et même une session des chambres fédérales (décembre 1991) ou les vacances de M. M. (juin 1993). M. M. lui-même s'est plus d'une fois cru autorisé à ne pas déférer à une citation à comparaître, et plusieurs de ses conseils ont relayé de tels refus. M. M. a aussi littéralement noyé l'autorité sous un flot de documentation. C'est ainsi essentiellement à cause de l'attitude du recourant que l'instruction des innombrables signalements n'a pu véritablement débiter qu'en 1998.

E. 18

Le tribunal de céans observera encore que M. M. n'a cessé de légitimer ses actes par une lutte contre ce qu'il appelle le lobby de l'industrie pharmaceutique, qu'il mènerait au nom des consommateurs et pour le compte de la santé publique. Le tribunal de céans retiendra que contrairement à ce que répète inlassablement M. M., son activité n'a rien d'altruiste, mais est commerciale et poursuit un but lucratif. De même, le Tribunal retiendra que contrairement à ce que répète inlassablement M. M. (p. ex. courrier du 3 février 1994 à la commission), son entreprise ne diffuse pas de l'information pour la santé publique, mais de la réclame pour les produits qu'elle vend. L'activité commerciale et la recherche du profit n'ont naturellement rien de blâmable pour une société commerciale. Il est toutefois pour le moins audacieux de prétendre, comme le fait systématiquement M. M., inverser les rôles et investir le diffuseur commercial d'une mission d'intérêt public tout en accablant les autorités de reproches et d'invectives, parce qu'elles poursuivraient des buts mercantiles et vénaux. Dans un courrier du 27 mai 1998 qu'il adresse au pharmacien cantonal genevois, M. M. reconnaît d'ailleurs à demi-mot l'enjeu purement mercatique de sa campagne de justifications, puisqu'il affirme : « N'avez-vous pas quelque gêne, Madame la pharmacienne cantonale, d'être ainsi asservie, vous aussi, à cette industrie chimique pharmaceutique qui a "phagocyté" à son profit ce fabuleux secteur économique de la maladie? » Enfin, M. M. a usé de propos comminatoires, et quelquefois menaçants, à l'égard des autorités. Le Tribunal relève notamment cet extrait du courrier du 10 juillet 1997 adressé par M. M. à la pharmacienne cantonale genevoise : « Aussi c'est moi qui aujourd'hui vous interdis de m'écrire sur ce ton. Il serait préférable qu'à l'avenir nous n'ayons plus trop de difficultés ni à l'importation ni à la distribution. » (procédure 14/98/B, pièce 3 commission). De même, M. M. n'a pas hésité à dénigrer herboristes, pharmaciens, responsables cantonaux et

responsables de l'OICM.

E. 19

En matière de sanctions administratives, les autorités intimées jouissent en général d'un large pouvoir d'appréciation (ATA H. du 23 janvier 2001, et les références citées). Le tribunal de céans ne censure ainsi les prononcés administratifs qu'en cas d'excès.

L'application des principes généraux du droit pénal aux sanctions administratives n'est plus contestée (MOOR, Droit administratif II, Berne 2002, pp. 124 ss.) et selon une jurisprudence maintenant bien établie l'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit faire application des règles contenues dans l'article 68 CPS lorsque par un ou plusieurs actes l'administré encourt plusieurs sanctions (ATF 122 II 182, consid. 5 p. 184; 121 II 22 consid. 3 p. 25; 120 Ib 54 consid. 2 p. 57; RDAF 1997 100 consid. 5 p. 103).

E. 20

En l'espèce, il est établi que X. S.A. et M. M. ont volontairement, méthodiquement, en pleine connaissance de cause et sur une longue période enfreint la loi et les injonctions formelles des autorités. Les faits peuvent être considérés comme objectivement et subjectivement graves (cf. ATA S. du 21 mars 2000; A. du 24 octobre 2000; B. du 13 février 2001; M. du 16 janvier 2001; B. du 16 janvier 2001; H. du 23 janvier 2001, confirmé par ATF non publié 2P.67/2001 du 1^{er} novembre 2001; ATA P. et P. du 20 octobre 2001). M. M. a fait montre d'une obstination et d'une mauvaise foi toutes particulières, que le tribunal de céans a rarement rencontrées (cf. ATA A. du 24 octobre 2000; H. du 23 janvier 2001). Enfin, le tribunal de céans tiendra compte des antécédents de M. M., et notamment des amendes administratives infligées pour des mêmes faits en 1990 et 1991.

E. 21

Compte tenu de tous ces éléments, le tribunal de céans considérera que l'autorité n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en prononçant un blâme et une amende pour le montant maximal de CHF 50'000.-. Cette sanction apparaît en effet proportionnée à la gravité de la faute, et seule à même d'inciter X. S.A. et M. M. à se montrer plus respectueux à l'avenir de la réglementation en matière de médicaments.

E. 22

Pour ce qui est de l'interdiction formelle de vendre à l'avenir des médicaments non enregistrés, cette injonction, fondée sur l'article 96 in fine LEPS, ne peut qu'être confirmée.

E. 23

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. Les recourants, qui succombent, seront condamnés aux frais de la procédure fixés à CHF 4'000.-.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.