

GE_GERICHTE A/840/2000 vom 23. Januar 2001

GE Cour de justice, 2001-01-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_840_2000

FR: GE_GERICHTE A/840/2000 du 23 janvier 2001

IT: GE_GERICHTE A/840/2000 del 23 gennaio 2001

Regeste

PHARMACIEN; REPRIMANDE; AMENDE; MEDICAMENT; VENTE PAR CORRESPONDANCE; PRESCRIPTION; PUBLICITE(COMMERCE); ASAN | Application analogique d'une prescription de 5 ans aux infractions à la LEPS. Une pièce nouvelle peut être versée au dossier par le DASS après la clôture de l'instruction. Viole la LEPS le pharmacien qui commercialise de la Melatonine, notamment en effectuant de la vente par correspondance et de la commercialisation en gros. Les faits, qui se sont étalés sur une longue période sont graves. Compte tenu des dispositions du CP sur le concours et du montant maximal de CHF 50'000.- de l'amende, le montant de l'amende est réduit de CHF 40'000.- à 30'000.-, une précédente amende de CHF 20'000.- ayant été confirmée en juillet 2000 à l'encontre du recourant. Le blâme est confirmé. | LPS.32 al.1; LPS.33 al.2; LPS.51; LPA.20

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. premier let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Le recourant a eu accès en tout temps au dossier (art. 44 al. premier et 2 LPA).

E. 2

Comme le tribunal de céans a déjà eu l'occasion de le relever en le déplorant, la loi applicable, soit la LEPS, ne contient aucune disposition sur la prescription des sanctions qu'elle instaure (ATA H. du 28 juillet 1998, C. du 26 août 1997 et H. du 18 mars 1997). Dans les arrêts H. et C. précités, le Tribunal administratif a admis qu'au regard des normes de droit cantonal régissant des professions comparables, comme celles d'avocat, de notaire ou encore d'architecte ou d'ingénieur, une prescription relative d'une durée de 5 ans, la prescription absolue étant atteinte après 7 ans et demi, constituait un délai acceptable en matière de professions régies par la LEPS. Il n'y a pas lieu de revenir en l'état sur cette jurisprudence. Selon l'article 71 du Code pénal suisse du 31 décembre 1937 (CP - 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 coupables ont une certaine durée, du jour où ils ont cessé. En l'espèce, l'interdiction de vendre de la mélatonine a été signifiée par le pharmacien à tous les spécialistes concernés par une lettre circulaire du 6 décembre 1995. Quant à la procédure disciplinaire à l'égard de l'intéressé, elle a commencé au mois de janvier suivant par une communication personnelle de l'autorité intimée au recourant. Le tribunal de céans statuant au mois de janvier 2001, la prescription absolue au sens de l'article 72 chiffre 2 CP n'est en aucun cas acquise.

E. 3

Le recourant a demandé que le tribunal écarte du dossier de la procédure la dernière pièce communiquée par l'autorité intimée. a. Selon l'article 20 alinéa premier LPA, l'autorité réunit les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision et elle apprécie les moyens de preuve des parties. b. La jurisprudence a déduit de l'ancien article 4 de la Constitution du 29 mai 1874, aujourd'hui abrogée, le droit du particulier de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 122 I 53 consid. 4a p. 55; 119 Ib 12 consid. 4 p. 17; 119 V 208 consid. 3b p. 211; 118 Ia 17 consid. 1c p. 19; 104 consid. 3b p. 109 et les arrêts cités). L'autorité peut renoncer aux moyens de preuve offerts par une partie, pour autant qu'elle puisse admettre sans arbitraire que ce moyen n'aurait pas changé sa conviction (ATF 121 I 306 consid. 1b, p. 308-309; ATA W. du 31 août 1999; P. du 27 juin 1997). À cet égard, les garanties contenues notamment dans les articles 29 alinéa 2 et 30 de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd. - RS 101) n'apportent rien de nouveau. La pièce nouvelle déposée par le département dénonce des faits semblables à ceux déjà contenus dans le dossier déposé auprès de l'autorité de première instance, à savoir un cas allégué de vente de mélatonine par le recourant. Cette pièce nouvelle lui a été transmise par le greffe du tribunal, qui lui a accordé un délai, prolongé, pour se déterminer. S'agissant d'un fait qui appartient au même complexe que ceux débattus devant la commission, ne comportant aucun élément nouveau ou inconnu sur le plan scientifique, et à propos duquel le recourant a pu s'exprimer par écrit, il n'y a pas plus lieu d'écarter la pièce du débat que de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour ce motif, ce qui serait au demeurant contraire au principe de célérité contenu dans l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), dont le recourant peut se prévaloir.

E. 4

L'article 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. féd. - RS 101) protège la liberté économique, soit notamment le libre exercice d'une activité économique lucrative. L'article 36 commande que les restrictions à un droit fondamental aient une base légale, soient justifiées par l'intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité (cf. pour l'ancien droit ATA H. précité et P. du 17 décembre 1996). Les normes que le droit disciplinaire a pour vocation de faire respecter appartiennent à tous les domaines du droit, il peut s'agir de règles professionnelles dès lors que les comportements visés pourraient être, comme en l'espèce, constitutifs d'une violation des règles de son art par le praticien concerné, en d'autres termes se caractériser par une absence de conformité de l'acte visé aux règles scientifiques de l'art (cf. ATA H. précité et sur ce point J.-P. RESTELLINI et J.-F. DUMOULIN, La jurisprudence récente de la commission de surveillance des professions de la santé, SJ 1994, pp. 449-469, spécialement p. 456). En l'espèce, il est reproché au recourant d'avoir acquis puis mis en vente de la mélatonine, substance interdite au mois de décembre 1995 par le pharmacien cantonal, ainsi que de s'être livré à des activités publicitaires, également interdites concernant ce même produit et au contenu inexact concernant d'autres produits. Pour examiner le mérite de ces griefs, le tribunal de céans renoncera expressément à faire fond sur la référence à des produits de l'intéressé dans les registres U. S.A., grossiste répartiteur, dès lors qu'il n'est pas acquis que cette société avait

procédé à l'enregistrement, antérieur à l'interdiction de surcroît, du fait du recourant. Le tribunal de céans écartera aussi la dénonciation concernant des ventes de mélatonine à partir de l'étranger, soit de la Haute-Savoie, car il n'est établi que des agissements illégaux ont eu lieu en Suisse. S'agissant de la mention dans les registres de la société G. S.A., il faut retenir la présence de la mélatonine après l'interdiction par le pharmacien cantonal, pendant une courte période certes, et surtout que la modification apportée ne l'a pas été à l'initiative du recourant, mais seulement après que le pharmacien cantonal l'avait interpellé sur ce point. La distribution de mélatonine telle qu'elle est attestée par les autorités sanitaires bâloise et zurichoise n'est aucunement contestable, comme l'envoi de matériel publicitaire notamment à une pharmacienne vaudoise. Il en va de même de la dénonciation parvenue en cours de procédure par devant le tribunal de céans au pharmacien cantonal et l'on observera que le recourant se contente de dénégations vagues lorsqu'il est confronté à des faits précis. Quant aux grandes quantités importées par le recourant des États-Unis, elle démontre l'existence incontestable de la commercialisation sur une large échelle d'un produit interdit par le pharmacien cantonal compétent et ce à partir du canton de Genève. C'est à juste titre que l'autorité intimée a retenu la notion de prestation caractéristique pour définir la livraison dans le canton de Genève soit de la main à la main, soit par d'autres canaux de distribution de la substance interdite à des consommateurs, sans s'arrêter aux différentes sociétés pour lesquelles le recourant est actif.

E. 5

L'article 32 alinéa premier LEPS interdit la mise dans le commerce d'un agent thérapeutique sans l'autorisation du département soit pour lui le pharmacien cantonal au sens de l'article 13 du règlement d'exécution de la LEPS du 9 novembre 1983 (REPS - K 3 05.01). Dès lors que le pharmacien cantonal a interdit la commercialisation de mélatonine, cette disposition légale a été violée par le recourant même si le produit en question devait être considéré comme une spécialité de comptoir, exemptée de l'obligation d'enregistrement. Il en va de même si la mélatonine devait être considérée comme équivalent à l'épiphyse, cette question souffrant au demeurant de rester indécise.

E. 6

L'article 33 LEPS réserve la dispensation d'agents thérapeutiques aux pharmacies et interdit notamment la vente par correspondance. Les critiques de la doctrine concernant cette disposition (cf. note Bellanger in SJ 2000 I 382 appuyée sur une espèce vaudoise [ATF Médiservice S.A. du 1er octobre 1999 in SJ 2000 I 369]) sont sans portée sur les dispositions de droit cantonal genevois, sous réserve d'un changement des normes fédérales ou cantonales pertinentes, à propos duquel le tribunal de céans n'a pas à spéculer. Il faut donc retenir que le recourant a violé cette norme également.

E. 7

L'autorisation de faire le commerce de gros d'agents thérapeutiques est réglée spécialement par l'article 37 LEPS. Le recourant n'est pas un grossiste. Il n'a donc pas l'autorisation d'exploitation afférente à une telle activité et la commercialisation en gros de la mélatonine à laquelle il s'est livré tombe également sous le coup de cette disposition.

E. 8

L'article 8 alinéa 3 du règlement d'exécution de la convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 10 mars 1975 (RCICM K 4 05.01) interdit la publicité pour des agents thérapeutiques dont la commercialisation est illicite en Suisse. Il est acquis en l'espèce, que

le recourant, que ce soit par le biais du laboratoire, dont il a déclaré diriger la succursale à Genève ou de la pharmacie, dont il est responsable, s'est livré à de la publicité pour une substance interdite. Ses explications contournées, selon lesquelles les textes figurant sur le site Internet ne seraient pas de nature publicitaire au motif que l'accès audit site par les lecteurs aurait un caractère volontaire, sont dénuées de pertinence. Il a bien vanté, d'une manière accessible au public le plus large sur la "toile", les qualités supposées d'une substance dont il savait la commercialisation interdite. La violation de la disposition précitée est donc réalisée.

E. 9

En matière de sanctions administratives, les autorités intimées jouissent en général d'un large pouvoir d'appréciation (ATA W. précité, M. du 22 avril 1997, U. du 18 février 1997, G. du 20 septembre 1994, Régie C. et V. du 8 septembre 1992 et les arrêts cités). La juridiction de céans ne censure ainsi les prononcés administratifs qu'en cas d'excès. aa. L'application des principes généraux du droit pénal aux sanctions administratives n'est plus contestée (cf. notamment Pierre MOOR, *Droit administratif : Les actes administratifs et leur contrôle*, vol. II, Berne 1991, p. 95-97) 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 CP lorsque par un ou plusieurs actes, le même administré encourt plusieurs sanctions (ATF 122 II 182 consid. 5 p. 184; 121 II 22 consid. 3 p. 25 et 120 Ib 54 consid. 2 p. 57; RDAF 1997 100 consid. 5 p. 103). Pour que l'article 68 chiffre 2 CP s'applique, le juge doit se demander si l'intéressé a commis les actes pertinents pour la seconde procédure avant ou après le jugement de première instance dans la procédure antérieure. Si oui, l'article 68 chiffre 2 est applicable, sinon, il ne l'est pas (ATF 124 II 39 consid. 3 p. 43; ATA B. du 16 janvier 2001). bb. Selon l'article 51 LEPS, les infractions à cette loi et au REPS peuvent être punies d'un avertissement, d'un blâme ou d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 50'000.--, le cumul des sanctions étant autorisé. En l'espèce, il est acquis sur la base des déclarations de douane, des informations parvenues aux autorités compétentes et du contenu du site Internet litigieux, que l'intéressé se livrait à un important commerce d'une substance interdite par le pharmacien cantonal. Les faits sont graves, car le public s'attend à pouvoir accorder sa confiance à l'homme de l'art qui exploite une pharmacie. Ils se sont étalés sur une longue période comme les différentes dates d'importation ou les différents signalements de distribution en Suisse le démontrent. Le recourant s'est obstiné à vendre un produit interdit, malgré la procédure dont il se savait l'objet. Sur le plan subjectif, ses antécédents sont mauvais, comme le démontre l'arrêt rendu à son égard par le tribunal de céans le 28 juillet 1998 : la précédente sanction infligée au recourant, intervenue au cours de l'instruction de la procédure actuelle par l'autorité de première instance, n'a manifestement pas eu l'effet admonitoire désiré. Compte tenu des dispositions du CP sur le concours applicables par analogie et du maximum de CHF 50'000.-- prévu pour l'amende (art. 141 al. 2 litt. c LEPS), il convient de réduire le montant de la seconde, aujourd'hui litigieuse, à CHF 30'000.--, la mesure étant partiellement complémentaire à celle confirmée par le tribunal de céans le 28 juillet 1998. Quant au blâme, il sera confirmé. Le recours sera donc très partiellement admis pour ce motif.

E. 10

L'article 87 LPA réserve au Tribunal la faculté d'allouer une indemnité à celui qui obtient totalement ou partiellement gain de cause. Aucun des arguments du recourant n'ayant été retenu par le tribunal de céans, il n'y a pas lieu de lui allouer d'indemnité. L'émolument sera

réduit à CHF 2'000.-- pour tenir compte de l'admission partielle.

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