

VD_FINDINFO Jug / 2022 / 112 vom 18. November 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-11-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2022___112

FR: VD_FINDINFO Jug / 2022 / 112 du 18 novembre 2021

IT: VD_FINDINFO Jug / 2022 / 112 del 18 novembre 2021

Regeste

LEX MITIOR, ERREUR DE DROIT{DROIT PÉNAL}, POLICE DES DENRÉES ALIMENTAIRES, DISPOSITIONS PÉNALES DE LDAL, LOI FÉDÉRALE SUR LES DENRÉES ALIMENTAIRES ET LES OBJETS USUELS, LOI FÉDÉRALE SUR LES MÉDICAMENTS ET LES DISPOSITIFS MÉDICAUX, PROCÉDURE ÉCRITE | 12 al. 2 CP, 2 CP, 21 CP

Erwägungen

E. 1.1

Interjeté dans les formes et délais légaux (art. 385 et 399 CPP) par une partie ayant qualité pour recourir (art. 381 al. 1 CPP) contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel est recevable.

E. 1.2

Seuls des points de droit devant être tranchés, l'appel est soumis à la procédure écrite (art. 406 al. 1 let. a CPP). Les parties ont consenti à la procédure écrite, la présence du prévenu aux débats d'appel n'étant pas indispensable et l'appel étant dirigé contre un jugement rendu par un juge unique (art. 406 al. 2 CPP).

E. 2

Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié (let. a), pour constatation incomplète ou erronée des faits (let. b) et pour inopportunité (let. c) (al. 3). L'appel doit permettre un nouvel examen au fond par la juridiction d'appel. Celle-ci ne doit pas se borner à rechercher les erreurs du juge précédent et à critiquer le jugement de ce dernier; elle doit tenir ses propres débats et prendre sa décision sous sa responsabilité et selon sa libre conviction, qui doit reposer sur le dossier et sa propre administration des preuves. L'appel tend à la répétition de l'examen des faits et au prononcé d'un nouveau jugement (Eugster, in : Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2 e éd., Bâle 2014, n. 1 ad art. 398 CPP).

E. 3.1

Il est d'abord fait grief au prévenu d'avoir mis en vente des produits à base d'extrait de CBD (seringues de 1 ml à 30 % de CBD / Raw Hemp Oil / CBD Oil Label / Organic Hemp protein) sans disposer de l'autorisation nécessaire à cet effet. Sous la note marginale Mise sur le marché, l'art. 16 de l'Ordonnance du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires et les objets usuels, entrée en vigueur le 1 er mai 2017 (ODAIUUs; RS 817.02), prévoit que les nouvelles sortes de denrées alimentaires peuvent être mises sur le marché à l'une des

conditions suivantes : (b) l'OSAV (Office fédéral de la sécurité alimentaires et des affaires vétérinaires, réd.) les a autorisées conformément à l'art. 17 de l'ordonnance. Sous la note marginale Contraventions, l'art. 64 de la Loi fédérale du 20 juin 2014 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (Loi sur les denrées alimentaires; LDAI, RS 817.0), dans sa version entrée en vigueur le 1^{er} mai 2017, punit d'une amende de 40 000 fr. au plus quiconque, intentionnellement : (k) enfreint les prescriptions relatives à l'autocontrôle visé à l'art. 26, à l'obligation d'informer les autorités visée à l'art. 27, à la traçabilité visée à l'art. 28 de la loi ou aux obligations d'autorisation et de notification de son activité.

E. 3.2

L'appelant fait valoir que, lorsqu'il a créé son commerce [...], raison individuelle inscrite au Registre du commerce le 23 mars 2017 (P. 28/2/2), aucune autorisation n'était requise pour les produits commercialisés comme denrées alimentaires et que ce régime de l'autorisation n'a été imposé que le 1^{er} mai 2017, date de l'entrée en vigueur des modifications de la LDAI et de l'ODAIU, alors qu'il avait commandé, le 13 mars 2017, à une entreprise danoise certains des produits litigieux (capsules de Raw Hemp Oil) (P. 28/2/9). Il invoque dès lors le principe de la *lex mitior*, pour le motif que la mise sur le marché, soit la mise en vente au magasin, serait intervenue avant la pénalisation due au changement législatif et réglementaire. Statuer sur ce moyen implique de dater le comportement susceptible de constituer une contravention, soit de déterminer quand l'infraction a été commise au sens de l'art. 2 al. 2 CP.

E. 3.3

Selon l'art. 2 al. 1 CP, la loi pénale ne s'applique qu'aux faits commis après son entrée en vigueur (principe de la non-rétroactivité de la loi pénale). Cependant, en vertu de l'art. 2 al. 2 CP, une loi nouvelle s'applique aux faits qui lui sont antérieurs si, d'une part, l'auteur est mis en jugement après son entrée en vigueur et si, d'autre part, elle est plus favorable à l'auteur que l'ancienne (exception de la *lex mitior*). Il en découle que l'on applique en principe la loi en vigueur au moment où l'acte a été commis, à moins que la nouvelle loi ne soit plus favorable à l'auteur. Pour déterminer quel est le droit le plus favorable, il y a lieu d'examiner l'ancien et le nouveau droit dans leur ensemble et de comparer les résultats auxquels ils conduisent dans le cas concret (ATF 135 IV 113 consid. 2.2; ATF 134 IV 82 consid. 6.2.1; TF 6B_1308/2020 du 5 mai 2021 consid. 4.2.2; TF 6B_1053/2018 du 26 février 2019 consid. 3.3). Selon la doctrine dominante, une infraction est « commise », au sens de l'art. 2 CP, au moment où l'auteur déroge à la loi, indépendamment de la survenance d'un résultat délictueux (Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari [éd.], *Petit commentaire CP*, 2^e éd., Bâle 2017, n. 16 ad art. 2 CP). Il y a délit continu, en présence de plusieurs actes, chacun délictueux, considérés comme un acte unique, cela pour des motifs qui tiennent notamment à l'économie de la procédure (cf. Favre/Pellet/Stoudmann, *Code pénal annoté*, 3^e éd., Lausanne 2007/2011, n. 1.10 ad art. 98 CP, p. 286 s.). Lorsqu'une nouvelle loi entre en vigueur pendant l'exécution d'un délit continu, il convient, selon la doctrine, de prendre en compte le nouveau droit uniquement (Dupuis et alii [éd.], *op. cit.*, n. 19 ad art. 2 CP).

E. 3.4

Dans le cas particulier, les marchandises litigieuses étaient offertes à la vente dans le magasin exploité par le prévenu lors du contrôle effectué le 19 mai 2020 par l'Office de la consommation. Incontesté, ce seul fait suffit à retenir une mise sur le marché à cette date

tombant sous le coup de la législation en vigueur depuis le premier mai 2017. Le fait que les denrées en question aient été mises sur le marché antérieurement à cette date n'est pas pertinent, ce fait n'étant d'ailleurs pas reproché à l'appelant. Le moyen tiré d'une violation du principe de la *lex mitior* doit donc être rejeté.

E. 4.1

L'appelant invoque encore une erreur sur les faits (art. 13 CP), dans la mesure où il soutient avoir ignoré que la mise sur le marché de ces produits nécessitait une autorisation depuis le 1^{er} mai 2017. Le jugement (p. 11) lui objecte qu'il avait été informé de la nécessité d'une autorisation lors d'un premier contrôle en octobre 2018 (P. 22). Le prévenu se réfère cependant à une lettre de l'Office de la consommation du 4 novembre 2021 (P. 26), par laquelle cette autorité confirmait ne pas lui avoir envoyé son rapport du 23 octobre 2018 à l'époque, mais le lui avoir remis seulement lors d'une audition administrative du 25 juin 2020 (P. 5, annexe V 1).

E. 4.2

On peut donner acte à l'appelant qu'il est pour le moins insolite qu'un contrôle administratif avec prise d'échantillons effectué en octobre 2018 n'ait pas donné lieu avant le 26 juin 2020 à un rapport transmis au commerçant concerné pour lui indiquer les transgressions constatées. Il ne résulte pas du dossier que, lors du contrôle de 2018, la nécessité d'obtenir une autorisation pour la mise sur le marché des produits en cause aurait été affirmée par le contrôleur. Tant durant l'instruction qu'aux débats, le prévenu a soutenu qu'il avait effectué des démarches téléphoniques auprès de divers organes administratifs, notamment auprès du Chimiste cantonal après le contrôle de 2018, mais qu'il n'avait pas reçu de réponses claires au sujet du cadre légal (PV aud. 1, audition du 7 juin 2021, p. 2; jugement, p. 4). Il a indiqué qu'il ne s'était pas tenu au courant du changement de législation, qu'il était difficile à l'époque de savoir ce qui était autorisé ou interdit, qu'il pensait qu'il en allait des produits à base d'extrait de cannabidiol ici en cause comme des autres produits CBD et qu'il ne savait pas qu'il fallait une autorisation pour les vendre (jugement, p. 4).

E. 4.3

L'erreur invoquée n'est toutefois pas une erreur sur les faits, mais une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP. Selon l'art. 21 CP, quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable. L'erreur sur l'illicéité vise le cas où l'auteur agit en ayant connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, et donc avec intention, mais en croyant par erreur agir de façon licite (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241; cf. ATF 141 IV 336 consid. 2.4.3 p. 343 et les références citées). La réglementation relative à l'erreur sur l'illicéité repose sur l'idée que le justiciable doit faire tout son possible pour connaître la loi et que son ignorance ne le protège que dans des cas exceptionnels (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 241; TF 6B_524/2016 du 13 février 2017 consid. 1.3.2; TF 6B_1102/2015 du 20 juillet 2016 consid. 4.1). Pour exclure l'erreur de droit, il suffit que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit ou qu'il eût dû avoir ce sentiment (ATF 104 IV 217 consid. 2 p. 218; TF 6B_524/2016 du 13 février 2017 consid. 1.3.2). Toutefois, la possibilité théorique d'apprécier correctement la situation ne suffit pas à exclure l'application de l'art. 21, 1^{re} phrase, CP. Ce qui est déterminant, c'est de savoir si l'erreur de l'auteur peut lui être reprochée (ATF 116 IV 56 consid. II.3a p. 68; TF 6B_784/2018 du 4 octobre 2018 consid. 1.1.2). Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que

seul celui qui avait des « raisons suffisantes de se croire en droit d'agir » pouvait être mis au bénéfice de l'erreur sur l'illicéité. Une raison de se croire en droit d'agir est « suffisante » lorsqu'aucun reproche ne peut être adressé à l'auteur du fait de son erreur, parce qu'elle provient de circonstances qui auraient pu induire en erreur toute personne consciencieuse (ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210; ATF 98 IV 293 consid. 4a p. 303; arrêt 6B_403/2013 du 27 juin 2013 consid. 1.1). La tolérance constante de l'autorité - administrative ou pénale - à l'égard d'un comportement illicite déterminé peut, dans certains cas, constituer une raison suffisante de se croire en droit d'agir (ATF 91 IV 201 consid. 4 p. 204). Ainsi, il existe des raisons suffisantes excluant la nécessité de réflexions supplémentaires lorsque la police a toléré des comportements semblables depuis longtemps. Il en va de même en présence d'une pratique constante et non contestée. En revanche, le simple fait que l'autorité n'intervienne pas ne suffit pas pour admettre l'existence d'une erreur de droit (ATF 128 IV 201 consid. 2 p. 210; TF 6S.46/2002 du 24 mai 2002 consid. 4b, publié in SJ 2002 I 441; Trechsel/Jean-Richard, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3 e éd., 2018, n° 9 ad art. 21 CP).

E. 4.4

En l'espèce, l'appelant savait exercer une activité de commerçant de produits comprenant du cannabidiol dans un contexte législatif mouvant. Il avait entrepris de faire des démarches téléphoniques pour éclaircir ce qui était licite ou non. Il éprouvait donc des doutes sur la légalité de certains aspects de son activité. Toutefois, il n'a pas insisté lorsqu'il a reçu des informations peu claires, pas plus qu'il n'a fait de démarches écrites. Il en résulte qu'il ne pouvait pas légitimement se sentir en droit d'agir. Bien plutôt, il s'est contenté de vagues démarches au résultat flou et il s'est empressé de commercer au bénéfice de cette incertitude. Il ne saurait donc se prévaloir d'une erreur sur l'illicéité, compte tenu des exigences élevées de vérification attachées à cette notion. Ce moyen d'appel doit également être rejeté.

E. 5.1

L'appelant est également prévenu de délit à la loi sur les substances thérapeutiques pour avoir illicitement commercialisé le médicament « suppositoires Hemp Extract » avec une date de péremption largement dépassée (« expiry date : 2019-05 »; cf. P. 5, p. 5) et sans avoir préalablement obtenu une autorisation valable de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic). Ces faits ont été relevés lors d'un contrôle effectué le 19 mai 2020 par l'Office de la consommation (P. 5). Le Tribunal de police a considéré que le délit de l'art. 86 al. 1 let. a de la Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques (LPTh, RS 812.21), pour avoir enfreint l'art. 18 al. 1 let. a LPTh, était réalisé (jugement, p. 12).

E. 5.2

Sous la note marginale Régime de l'autorisation, l'art. 18 al. 1 let. a LPTh prévoit que doit posséder une autorisation délivrée par l'Institut suisse des produits thérapeutiques quiconque, à titre professionnel, importe des médicaments, en vue de leur distribution ou de leur remise. Sous la note marginale Crimes et délits, l'art. 86 al. 1 let. a LPTh dispose qu'est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire quiconque, intentionnellement, fabrique, met sur le marché, utilise, prescrit, importe ou exporte des médicaments ou en fait le commerce à l'étranger sans l'autorisation nécessaire, en enfreignant les exigences et conditions liés à l'autorisation obtenue ou en

enfreignant les devoirs de diligence visés aux art. 3, 7, 21, 22, 26, 29 et 42 de la loi. Le danger d'un médicament non autorisé peut résulter de la remise d'un produit inefficace qui pourrait détourner des patients de leur thérapie habituelle, soit une mise en danger abstraite (ATF 138 IV 57 consid. 4.2.2).

E. 5.3

Durant l'instruction, se référant à une pièce du dossier, le prévenu a indiqué avoir acheté ce produit en 2017 comme remède contre le cancer. Il s'agissait d'une boîte de ces suppositoires (en réalité, dix boîtes de dix suppositoires) qu'il n'avait pas réussi à vendre, mais qu'il avait exposée dans son magasin (jugement, p. 4 in fine). Le premier juge a retenu qu'il s'agissait bien de médicaments soumis à autorisation pour être mis sur le marché, comme tout médicament, que leur mévente était sans pertinence, que l'intention de vente ressortait d'une photographie prise lors du contrôle de quatre boîtes de dix suppositoires prouvant l'octroi d'un rabais sur leur prix selon une affichette indiquant « suppositoires 500 mg 50.- au lieu de 79,90 » (cf. P. 5, p. 29) et que le cas de peu de gravité devait être écarté (jugement, p. 11 et 12). L'appelant indique ne pas contester l'importation illicite, mais bien la commercialisation illicite des suppositoires. Il revendique l'application de l'art. 86 al. 4 LPTh, disposition qui a la teneur suivante : « Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une peine pécuniaire. Dans les cas de peu de gravité, une amende peut être prononcée ». Il se réfère au Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2012 concernant la modification de la loi sur les produits thérapeutiques, expliquant en page 109 l'introduction du cas de peu de gravité (P. 34/2/2, p. 109). Sans se soucier de l'autorisation du médicament par l'autorité compétente, l'appelant a acquis et importé, pour les vendre comme remède contre le cancer (soit le cancer colorectal; cf. P. 5, PV de l'audition administrative du 25 juin 2020, p. 2), des suppositoires à l'extrait de chanvre qu'il a intentionnellement mis en vente dans son magasin. Ce fait est établi par le rabais affiché lors du contrôle du 19 mai 2020, ainsi que par la mention du rapport du 26 juin 2020 (P. 5, p. 5), indiquant ce qui suit : « Endroit exact du prélèvement : tablard de vente en libre service ». Quant à ces suppositoires, l'appelant a encore précisé, lors de son audition administrative, qu'il « a [vait] tenté de mettre des choses en place avec le corps médical, mais que cela n'a [vait] pas été possible en raison de la pression des sociétés pharmaceutiques » (P. 5, PV de l'audition du 25 juin 2020, p. 2). On doit en inférer que ce n'est pas par imprévoyance coupable, mais avec conscience et volonté, soit intentionnellement (art. 12 al. 2 CP), que l'appelant a importé et mis en vente des médicaments non autorisés. Cet élément subjectif exclut le cas de peu de gravité au sens de l'art. 86 al. 4 LPTh. Au demeurant, tenter de vendre de faux médicaments, même en faible quantité, à des patients atteints d'une maladie grave comme le cancer ne saurait constituer un cas de peu de gravité, vu la détresse et la fragilité psychique qu'éprouvent notoirement ces patients. L'appel doit donc être rejeté.

E. 6

Le prévenu succombant sur ses conclusions, les frais de la procédure d'appel, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 1'210 fr. (art. 21 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010; BLV 312.03.1]), seront mis sa charge. Par ailleurs, aucune indemnité au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP ne saurait lui être octroyée.