

Hansjörg Seiler
Avocat, privatdocent
Terrassenweg 31
3110 Münsingen

Münsingen, 21 février 1997

Expertise juridique

pour

l'Office fédéral de la santé publique

concernant

les questions de droit relatives au monitoring de l'ecstasy

Avertissement:

La présente expertise ne correspond plus en tous points à la législation et à la jurisprudence actuelles.
Münsingen, 22 avril 2003

Sommaire

1.	Situation et problème.....	3
2.	Examen des questions.....	3
3.	Délimitations du champ d'analyse.....	4
3.1	Objet de l'analyse.....	4
3.2	Contexte juridique.....	4
4.	Législation sur les stupéfiants.....	5
5.	Cadre légal.....	5
5.1	Dispositions légales.....	5
5.2	Analyses scientifiques.....	6
5.3	Compétence d'autorisation.....	6
5.4	Information et conseil.....	7
5.5	Politique d'information.....	8
6.	Cadre pénal.....	9
6.1	Collecte et possession de comprimés d'ecstasy à des fins scientifiques.....	9
6.1.1	Possession <i>illégal</i> e.....	10
6.1.2	<i>Possession</i> illégale.....	11
6.2	Information sur les risques.....	12
6.3	Information sur les mesures permettant de réduire les risques.....	12
6.3.1	Problématique.....	12
6.3.2	Analyse.....	12
6.3.3	Incitation (art. 19c LStup).....	13
6.3.4	Provocation publique à la consommation de stupéfiants (art. 19, ch. 1, al. 8, LStup, 1ère moitié).....	15
6.3.5	Révélation publique des possibilités de se procurer et de consommer des stupéfiants (art. 19, ch. 1, al. 8, LStup, 2ème moitié).....	15
6.3.6	Complicité de commerce.....	15
6.3.7	Mesures préparatoires (art. 19, ch. 1, al. 6, LStup).....	16
6.3.8	Entrave à l'action pénale.....	17
6.3.9	Justification.....	17
6.4	Droit de refuser de témoigner pour les informateurs ?.....	18
7.	Responsabilité pénale et financière en cas d'accident.....	19
7.1	Bases légales en matière de responsabilité.....	19
7.2	Illicéité et causalité adéquate.....	20
7.2.1	Illicéité.....	20
7.2.2	Causalité adéquate.....	21
7.2.3	Responsabilité par omission.....	22
7.2.4	Responsabilité par commission.....	24
8.	Monitoring coordonné?.....	26
9.	Conclusions et réponse aux questions:.....	26

1. Situation et problème

La consommation d'ecstasy entraîne des risques variables pour la santé, selon la nature des comprimés. C'est pourquoi l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) entend mettre en place un monitoring des comprimés d'ecstasy avec les objectifs suivants:

- répertorier les différents types d'ecstasy présents sur le marché pour pouvoir procéder à une analyse fondée des risques encourus et des effets prévisibles à court et à long terme;
- mettre à profit ces résultats pour informer les consommateurs potentiels
 - quant aux risques liés à la consommation d'ecstasy (risques spécifiques selon le type de comprimé et risques généraux liés à l'ecstasy sous toutes ses formes)
 - quant aux modes de consommation propres à réduire ces risques.

Soucieux du cadre légal dans lequel ce monitoring est appelé à s'inscrire, l'OFSP a demandé au soussigné de répondre aux questions de droit suivantes:

1. Est-il permis à un centre de consultation privé ou public d'acquérir sur site des comprimés d'ecstasy à des fins d'analyse ainsi que d'informer les consommateurs potentiels quant aux risques de santé liés aux différents types d'ecstasy et quant aux modes de consommation propres à réduire ces risques?
2. La Confédération peut-elle invoquer la loi sur les stupéfiants pour charger les cantons ou des centres de consultation privés d'effectuer un monitoring de l'ecstasy dans un cadre coordonné ?

2. Examen des questions

La première question englobe deux activités distinctes:

- l'acquisition et l'analyse des comprimés d'ecstasy: l'analyse présuppose l'acquisition et la possession de tels comprimés;
- l'information des consommateurs potentiels quant aux risques encourus et aux modes de consommation propres à réduire ces risques.

La problématique soulevée ici présente plusieurs aspects qu'il s'agit de distinguer:

- Du point de vue du **droit public** et du **droit administratif**, il s'agit de déterminer les bases légales permettant à une collectivité publique (Confédération ou cantons) d'effectuer un monitoring de l'ecstasy. Si cette activité est confiée à des privés, la question des bases légales ne se pose pas, ou uniquement dans la mesure où la Confédération ou les cantons entendent soutenir financièrement les organes privés chargés d'effectuer le monitoring.
- Du point de vue du **droit pénal**, il s'agit de déterminer si les personnes chargées d'effectuer le monitoring se trouvent *de facto* en situation d'infraction. Cette question s'applique autant aux privés qu'aux employés des services publics.
- Enfin, du point de vue de la **responsabilité financière et pénale**, il s'agit de déterminer l'étendue des responsabilités liées au monitoring en cas d'accident provoqué par l'ecstasy.

La seconde question relève purement du droit public et du droit administratif.

3. Délimitations du champ d'analyse

3.1 *Objet de l'analyse*

La présente expertise se limite exclusivement aux questions de droit et n'entre pas en matière quant à savoir si un tel monitoring est adéquat, souhaitable ou tout simplement réalisable. Cette délimitation s'applique en particulier à la question du test rapide, tel qu'il semble être pratiqué aux Pays-Bas, à savoir qu'on érige sur site un stand de consultation (p. ex. lors de soirées techno) pour que les éventuels consommateurs puissent montrer leurs comprimés et se faire expliquer les risques liés à leur consommation. Nous avons reçu des informations contradictoires quant à la question de savoir si ce genre d'information est réaliste. En tout état de cause, la présente expertise traite du test rapide en partant de l'hypothèse que c'est possible.

3.2 *Contexte juridique*

La présente expertise repose sur les prémisses suivantes:

- l'ecstasy (MDMA) est un hallucinogène faisant partie des substances psychotropes assimilées aux stupéfiants en vertu de l'art. 1, al. 3, let. a de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup, RS 812.121);
- de plus, l'ecstasy tombe sous le coup de l'art. 8, al. 1, let. c, LStup et fait donc partie des substances qui ne peuvent être ni commercialisées, ni prescrites, exception faite des autorisations exceptionnelles accordées en vertu de l'art. 8, al. 5, LStup;
- en vertu de la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants (RS 0.812.121.0; RO 1970 802), la Suisse est tenue de traiter l'ecstasy comme un stupéfiant.

Au demeurant, les questions de droit exposées plus haut s'appliqueraient par analogie aux autres stupéfiants, même en l'absence desdites prémisses.

La présente expertise est fondée sur le droit suisse en vigueur, en particulier:

- la loi du 24 mars 1995 sur les stupéfiants (RO 1996 1677),
- l'ordonnance du 29 mai 1996 sur les stupéfiants (OStup; RS 812.121.1; RO 1996 1679).

Nous n'examinerons pas de plus près la Convention unique de 1961 sur les stupéfiants, étant donné qu'on peut légitimement admettre que la législation suisse sur les stupéfiants est conforme à cette convention, qui n'est par ailleurs pas directement applicable en Suisse. Nous n'examinerons pas davantage la Convention internationale de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (FF 1996 I, 557), dont le Conseil fédéral demande la ratification à l'Assemblée fédérale. D'après cette convention (art. 3.1.c.iv), les Etats membres doivent notamment traiter comme infraction pénale tout acte d'assistance, d'encouragement ou d'aide et tout conseil visant à l'accomplissement d'un tel acte (ce qui inclut p. ex. la possession de stupéfiants pour la consommation personnelle au sens de l'art. 3, al. 2, mais le Conseil fédéral entend introduire une réserve en la matière). En cas de ratification, il faudrait éventuellement envisager un réexamen de la licéité d'un tel monitoring.

Nous n'aborderons pas non plus les aspects relatifs au droit des finances publiques, considérant que les ressources financières nécessaires à un tel monitoring sont disponibles.

4. Législation sur les stupéfiants

La loi sur les stupéfiants a pour but de protéger le citoyen contre les atteintes à la santé provoquées par les stupéfiants (ATF 120 IV 337; 117 IV 318 s.). Le législateur veut atteindre cet objectif avec les moyens suivants:

- restriction de l'utilisation légale des stupéfiants aux fins médicales et scientifiques;
- mise en place d'un contrôle des stupéfiants utilisés à ces fins (art. 4-14a, 16-18, LStup);
- mise en place de mesures préventives et de mesures thérapeutiques pour lutter contre l'abus de stupéfiants (art. 15-15c LStup);
- répréhension des actes illégaux et de la consommation illégales (art. 19 ss., LStup).

Comme chacun sait, la question de savoir si les moyens choisis par le législateur (en particulier la répréhension de la consommation) permettent d'atteindre de manière adéquate et optimale son objectif fondamental, à savoir la protection de la santé publique, est sujette à de nombreuses contestations, tant sur le plan politique que scientifique. Du point de vue juridique toutefois, ces moyens sont prescrits impérativement par la loi. Dès lors, les autorités chargées de l'application du droit ne sauraient instituer d'autres moyens, même s'ils estiment pouvoir ainsi atteindre cet objectif de manière plus efficace.

En revanche, une interprétation téléologique de la loi permet de considérer l'objectif fondamental, à savoir la protection de la santé publique, comme garde-fou dans l'explicitation d'un vide ou d'un flou juridique (Albrecht [1995] N50/Introduction).

5. Cadre légal

5.1 Dispositions légales

Les dispositions légales susceptibles de servir de base légale à un monitoring sont les art. 3a, 15a et 15c LStup. Ces dispositions ont la teneur suivante:

Art. 3a (dans la version du 24 mars 1995)

¹ Le Conseil fédéral désigne un laboratoire national de référence chargé de tâches de recherche, d'information et de coordination dans les domaines analytique, pharmaceutique et pharmacoclinique des stupéfiants et substances visés aux articles 1^{er} et 3, 1^{er} alinéa. A cet égard, il collabore avec les organisations internationales.

² Le Conseil fédéral peut aussi confier certaines tâches selon le 1^{er} alinéa à des tiers.

Art. 15a

¹ Pour prévenir l'abus des stupéfiants, les cantons encouragent l'information et les consultations et créent les institutions nécessaires à cet effet.

...

³ Les autorités compétentes peuvent déléguer certaines tâches et attributions à des organisations privées.

Art. 15c

¹ La Confédération encourage, par l'octroi de subventions ou par d'autres mesures, la recherche scientifique sur les effets des stupéfiants, les causes et les conséquences de leur abus et les moyens de le combattre.

² Le Conseil fédéral définit les modalités relatives à l'octroi et au calcul des subventions et en fixe le montant.

³ La Confédération prête ses services aux cantons et aux organisations privées pour l'exécution de la loi. Elle crée, notamment, un office de documentation, d'information et de coordination et encourage la formation du personnel spécialisé dans le traitement de personnes dépendantes. Le Conseil fédéral en règle les modalités.

Enfin, on tiendra également compte de l'art. 8, al. 5, LStup. L'art. 8, al. 1, LStup interdit certes la culture, l'importation, la fabrication et la mise dans le commerce de certains stupéfiants, dont les hallucinogènes. Mais en vertu de l'al. 5, l'OFSP peut, si aucune convention internationale ne s'y oppose, accorder des autorisations exceptionnelles pour autant que les stupéfiants visés servent à des fins scientifiques ou à la lutte contre les stupéfiants ou qu'ils soient destinés à une application médicale limitée.

5.2 Analyses scientifiques

L'analyse en laboratoire des comprimés d'ecstasy pour en déterminer la nature et le potentiel de risque pour la santé relève des activités scientifiques qui peuvent se fonder sur les art. 3a et art. 15c LStup. Les art. 3a, al. 2, et 15c, al. 1, LStup constituent en outre la base légale permettant de confier des activités de recherche à des institutions privées ou de soutenir financièrement la recherche privée. Au demeurant, le soutien d'une telle recherche serait déjà possible en vertu de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la recherche (RS 420.1), et en particulier de ses art. 5, let. c, art. 6, al. 1, let. d et art. 15.

5.3 Compétence d'autorisation

En vertu de l'art. 14, al. 2, LStup, l'utilisation de stupéfiants à des fins scientifiques requiert l'autorisation de l'autorité *cantonale* compétente. En revanche, les autorisations exceptionnelles au sens de l'art. 8, al. 5, LStup, relèvent de la compétence de l'OFSP. La question est donc de savoir si l'analyse des comprimés d'ecstasy est soumise à l'autorisation cantonale ou si elle requiert une autorisation de l'OFSP pour être licite.

L'autorisation selon art. 8, al. 5 se rapporte aux actes interdits par l'al. 1 dudit article, soit la culture, l'importation, la fabrication et la commercialisation. Si on s'en tient à la lettre de cet alinéa, la simple possession (par ex. à des fins d'études scientifiques) ne fait pas partie des actes susmentionnés. De ce point de vue, l'analyse des comprimés d'ecstasy ne requiert pas une autorisation de l'OFSP selon art. 8, al. 5, LStup, mais seulement une autorisation cantonale selon art. 14. al.2, LStup.

Lorsqu'elle est clairement formulée, la loi est par principe impérative (cf. notamment ATF 121 III 217 pour d'autres renvois). On ne peut s'écarter de la teneur clairement formulée d'une loi que si des motifs tangibles permettent de justifier que cette teneur n'exprime pas exactement la volonté réelle du législateur. De tels motifs peuvent être donnés par la genèse de la loi, sa systématique ou la définition de ses objectifs (ATF 121 I 95 s.).

Jusqu'ici, l'OFSP portait visiblement du principe que la possession légale des stupéfiants visés à l'art. 8 présuppose une autorisation de sa part. Cette pratique s'explique historiquement. En effet, l'art. 9 de la LStup du 2 octobre 1924 (RSB 4.434) avait pour teneur:

«L'importation et l'exportation ainsi que la fabrication, la détention et la mise dans le commerce d'opium préparé ... sont interdites».

Comme l'indique le message relatif à la loi de 1951 sur les stupéfiants (FF 1951 I 855), l'art. 8, qui remplace l'ancien art. 9 en vigueur jusqu'alors, a simplement été complété avec le haschisch et la diacétylmorphine. L'intention du législateur était donc sans aucun doute de maintenir telle quelle la disposition actuelle, abstraction faite des nouveaux stupéfiants mentionnés. Etant donné que l'art. 19 LStup sanctionne déjà la détention illégale et de nombreux autres actes illicites, il était compréhensible que les activités soumises à l'autorisation de l'OFSP ne soient pas toutes énumérées à l'art. 8.

Du point de vue systématique et téléologique, l'interprétation est la suivante: pour se trouver en Suisse, les stupéfiants doivent être soit cultivés ou fabriqués en Suisse, soit importés en Suisse. Or, l'art. 8 LStup soumet aussi bien la culture et la fabrication que l'importation et la commercialisation à une autorisation de l'OFSP. Par conséquent, la loi part visiblement du principe que ces substances ne peuvent se trouver légalement en Suisse sans autorisation de l'OFSP. Cette législation n'englobe évidemment pas le cas d'une personne qui, dans l'exercice d'une activité légale, ou légalement justifiée, entre en possession de stupéfiants qui ont été introduits ou fabriqués illégalement en Suisse. Un policier qui saisit des stupéfiants tombant sous le coup de l'art. 8 en acquiert la possession, mais il n'est de toute évidence pas punissable s'il n'a pas une autorisation ad hoc de l'OFSP, et pour cause: la saisie de stupéfiants fait partie de ses devoirs de fonction, qui sont définis en détail par le droit cantonal. Il ne détient donc pas ces stupéfiants "sans droit" au sens de l'art. 19 LStup. La systématique de la loi admet donc que quelqu'un soit en droit de détenir des stupéfiants qui se trouvent illégalement en Suisse, même sans autorisation de l'OFSP et sans être pour autant punissable. Il en va de même pour un institut scientifique qui étudie les stupéfiants dans le cadre des tâches qui lui sont attribuées en vertu du droit cantonal. Nous en concluons qu'un laboratoire scientifique au bénéfice d'une autorisation cantonale en vertu de l'art. 14, al. 2, LStup peut, à des fins scientifiques, détenir et utiliser légalement les stupéfiants visés à l'art. 8 LStup, donc également les comprimés d'ecstasy, même sans autorisation de l'OFSP (cf. également le message de 1973 concernant la révision de la LStup, FF 1973 I 1363, qui va dans le même sens). La réserve de l'art. 14, al. 3 à l'égard de l'art. 8 n'y change rien, étant donné que cette réserve ne s'applique justement qu'aux activités visées à l'art. 8, al. 1. Mais sans autorisation de l'OFSP, il demeure néanmoins exclu de remettre les stupéfiants en circulation après leur utilisation à des fins scientifiques. S'ils ne peuvent être utilisés légalement avec l'autorisation de l'OFSP, ils doivent être éliminés en vertu des art. 71/73 OStup.

5.4 Information et conseil

L'art. 15a, al. 1, LStup, constitue la base légale permettant aux cantons d'encourager l'information sur les risques que représente l'abus de stupéfiants pour la santé. L'al. 3 permet même de déléguer ces tâches à des organismes privés.

L'art. 15a, al. 1, LStup attribue les tâches d'information et de conseil en premier lieu aux cantons. La Confédération est néanmoins appelée à prêter ses services aux cantons et organismes privés, notamment en mettant sur pied un centre de documentation, d'information et de coordination (art. 15c, al. 3, LStup). Elle est ainsi en mesure de réaliser ses propres campagnes d'information ou de contribuer directement à des campagnes mises sur pied par des

tiers. Enfin, sur le plan scientifique, le laboratoire national de référence institué par l'art. 3a est expressément chargé de tâches de recherche, d'information et de coordination.

Au demeurant, on peut se demander si l'information sur les risques liés à la consommation de stupéfiants nécessite réellement une base légale concrète. Il est vrai que le principe de légalité s'applique par essence à toutes les activités de l'Etat, y compris les prestations de service (ATF 103 Ia 382 ss.; 118 Ia 61). Mais il est aussi vrai que, même sans base légale concrète, les autorités ont, depuis toujours, informé la population selon leur libre appréciation, par exemple en ce qui concerne la prévention des avalanches ou la lutte contre les maladies. Lorsque la base légale est définie *expressis verbis* (p. ex. art. 3, loi sur les épidémies, RS 818.10), celle-ci confère moins une *compétence* qu'un *devoir* aux autorités qui, sinon, n'y seraient pas tenues. Les critiques formulées à l'égard d'une telle politique d'information et les tentatives de subordonner la gestion de l'information à l'existence d'une base légale impérative (p. ex. Richli [1990], p. 161) sont essentiellement motivées par le fait que, à l'instar d'autres actes souverains, l'Etat peut être appelé à donner des informations interférant avec des domaines protégés tels que droits fondamentaux ou concurrence (Nützi [1995], p. 117 ss., 154 ss.). Mettre en garde le public contre les risques liés à la consommation d'une denrée alimentaire peut avoir pour effet de stopper les ventes de ce produit (cf. p. ex. la radioactivité des légumes après Tschernobyl ou la listeria dans le Vacherin). Dans une telle situation, l'information étatique se répercute sur le producteur à la manière d'une interdiction étatique. Il est dès lors justifié de lier ce genre d'information à une base légale, comme c'est le cas pour les obligations et les interdictions ordonnées par l'Etat (Richli [1990], p. 158 s.). De même, une base légale s'impose lorsqu'il s'agit de domaines sensibles et contestés tels que morale sexuelle ou sentiment religieux (Nützi [1995], p. 159). C'est notamment le cas lorsque l'Etat met en garde le public contre certaines mouvances religieuses (cf. ATF 118 Ia 46 ss.). Dans le cas qui nous préoccupe, une telle base légale n'est pas requise: en effet, l'information porte sur les risques d'un produit dont la vente est de toute façon interdite. Elle ne saurait donc nuire à un droit fondamental ni, à plus forte raison, à un quelconque intérêt protégé par la loi. Ce n'est donc pas une nouvelle intervention étatique hors du cadre souhaité par le législateur, mais bien une invitation à éviter certains comportements par ailleurs déjà visés par les interdictions de la législation sur les stupéfiants. Même Richli, qui est pourtant assez strict sur la question des bases légales, est d'avis que l'Etat peut légalement recourir à l'information lorsque la loi lui permet d'imposer des obligations ou des interdictions (Richli [1990], p. 162). Ce point de vue est d'autant plus vrai si le législateur a déjà promulgué des interdictions.

5.5 Politique d'information

Les autorités sont relativement libres de concevoir l'information comme elles l'entendent, compte tenu de certaines règles générales: l'information étatique doit par principe être aussi objective, véridique et neutre que possible (ATF 118 Ib 479 ss.; Nützi [1995], p. 93 ss.). Dans le cas qui nous préoccupe, l'information doit en outre obéir à une disposition spéciale, à savoir l'art. 15a, al. 1, LStup: elle doit servir à prévenir l'abus de stupéfiants. En d'autres termes, sa dominante doit être *l'abstinence*. Cette information ne saurait banaliser ni recommander la consommation d'ecstasy. Si l'information objective, comme le veut la disposition susmentionnée, a pour contenu les causes et les conséquences de la consommation de stupéfiants ainsi que les problèmes de dépendance qui en résultent (FF 1973 I 1364), elle a aussi pour contenu les divers risques de santé liés à la consommation de stupéfiants.

Selon l'art. 15a, al. 1, LStup, les tâches d'information générale comprennent le conseil aux personnes qui consomment déjà des drogues (FF 1973 I 1364). La loi admet donc réalistement que la consommation de drogues existe même si c'est interdit. En clair, elle repose sur une double stratégie intégrant la poursuite pénale d'une part, et l'aide à la fois préventive et thérapeutique d'autre part. Reconnaissant que la menace de sanctions pénales ne suffit pas toujours à prévenir la consommation de drogues illégales, la loi prévoit aux art. 15 ss. d'autres moyens permettant au moins de réduire les risques liés à l'abus de stupéfiants sur le plan de la santé. Pour mémoire, la LStup vise fondamentalement à protéger la santé publique. Dès lors, une stratégie visant à réduire les effets néfastes de la toxicodépendance est par définition préférable à une stratégie qui les occulterait (cf. Müller [1996], p. 65). Dans le cadre du conseil aux toxicomanes, la diversité des mesures mises en place ne permet pas toujours de distinguer clairement entre prévention des rechutes et réduction des atteintes à la santé (Klingemann [1995], p. 91). Telle qu'elle est pratiquée depuis les années quatre-vingt, l'aide aux toxicodépendants (synthèse chez Müller/Fahrenkrug [1995], p. 59 ss.) repose sur l'idée qu'il faut aussi réduire les risques chez les toxicodépendants qui ne renoncent pas, ou du moins pas tout de suite, à la consommation de stupéfiants. C'est dans ce cadre que s'inscrit par exemple la distribution de seringues pour la prévention du sida ou l'encadrement médical des toxicodépendants. Toutes ces mesures découlent des art. 15 ss. LStup. De même, la prescription médicale d'héroïne a pour base l'ordonnance sur l'évaluation de projets visant à prévenir la toxicomanie et à améliorer les conditions de vie des toxicomanes (RS 812.121.5), laquelle repose sur l'art. 15c LStup. Certes, la légalité de certaines mesures d'aide aux toxicodépendants est vivement contestée du point de vue pénal, notamment en ce qui concerne les locaux d'injection et la prescription médicale d'héroïne. Mais personne ne remet fondamentalement en question la base légale de ce genre de mesures, à savoir les art. 15 ss. LStup.

Par analogie, il y a lieu de considérer comme parfaitement légale une information qui viserait tout au moins à réduire les risques liés à la toxicodépendance, à défaut de pouvoir les éliminer entièrement. Il serait en effet contraire à l'esprit de la loi d'alléguer que l'information visant à limiter les atteintes à la santé et à réduire les risques liés à la toxicodépendance est illicite sous prétexte qu'elle ne garantit aucunement l'abstinence totale.

Mais il va de soi que l'Etat ne saurait enfreindre les dispositions pénales de la LStup en mettant en place un monitoring des comprimés d'ecstasy. Pour que les art. 15 ss. LStup puissent constituer une base légale suffisante, il faut donc qu'un tel monitoring soit conforme aux dispositions pénales analysées ci-après. La question de la légalité pénale se pose à plus forte raison dans le cas d'un monitoring organisé exclusivement par des privés.

6. Cadre pénal

6.1 Collecte et possession de comprimés d'ecstasy à des fins scientifiques

L'art. 19 LStup prévoit notamment que celui qui, sans droit, transforme, entrepose, possède, détient, achète ou acquiert d'une autre manière des stupéfiants (ch. 1, al. 2, 3 et 5) est punissable. Pour pouvoir analyser les comprimés d'ecstasy, les personnes participant au

monitoring doivent forcément acheter, posséder, entreposer et transformer de tels comprimés. La question est de savoir si elles sont punissables en vertu de l'art. 19, al. 1, LStup.

A cet égard, une activité se limitant purement à informer et à conseiller ne pose aucun problème, étant donné que l'informateur ne rentre pas physiquement en contact avec les stupéfiants. En revanche, la question se pose à partir du moment où il s'agit d'analyser l'ecstasy.

6.1.1 Possession *illégal*e

Selon l'art. 19, ch. 1, al. 5, LStup, celui qui, *sans droit*, possède, détient, achète ou acquiert d'une autre manière des stupéfiants se rend punissable. Le fait de ne pas avoir le droit constitue le critère pénal décisif (Albrecht [1995], N 28 conc. l'art. 19). Inversement, celui qui est habilité à se procurer et à posséder des stupéfiants en suivant la procédure prévue par la loi n'est pas punissable (ATF 119 IV 269). La possession de stupéfiants est légale et, partant, non punissable:

- dans le cas des médecins, dentistes, vétérinaires et pharmaciens (art. 9 LStup);
- dans le cas des autorisations pour établissements hospitaliers et instituts de recherche scientifique (art. 14 LStup);
- dans le cas des autorisations accordées par l'OFSP (art. 8, al. 5, LStup).

De même, n'est pas punissable celui qui, dans l'exercice de ses obligations officielles ou professionnelles, possède des stupéfiants (art. 32 CP). C'est par exemple le cas du policier qui confisque des stupéfiants et qui les garde en sa possession jusqu'à ce que ces stupéfiants soient détruits ou utilisés à des fins légales (art. 33 LStup, art. 73 OStup). De même, le collaborateur d'un institut de recherche n'est pas punissable lorsqu'il possède des stupéfiants dans le cadre de son activité scientifique. Les laboratoires, instituts et organismes scientifiques doivent être en possession d'une autorisation en vertu des art. 14, al. 2 et 14a LStup. Ils peuvent acquérir des stupéfiants auprès d'une entreprise de fabrication, d'une maison de commerce ou d'une pharmacie, ou *sous une autre forme acceptée par l'office* (art. 51 et 52 OStup). L'OFSP peut donc les autoriser à acquérir des comprimés d'ecstasy lors de soirées techno, etc. Les instituts et organismes scientifiques doivent tenir une comptabilité de toutes les opérations effectuées avec des stupéfiants (art. 17, al. 1, LStup) afin de prévenir toute utilisation abusive de ces stupéfiants. L'inobservation de cette obligation légale est punissable en vertu de l'art. 21 LStup.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs reconnu que, par principe, l'acquisition et la possession de stupéfiants sont seulement punissables si ces actes représentent une source de risque interdite par la loi. Celui qui entre en possession de stupéfiants non pas pour les mettre illégalement en circulation, mais précisément pour les soustraire au commerce illégal dans le but de réduire les risques liés à la consommation de drogues ne se rend pas punissable pour autant que son action n'ait objectivement pas pour effet de permettre à des tiers d'entrer illégalement en possession de stupéfiants (ATF 117 IV 61 s.; 120 IV 340; Albrecht [1995] N 91 et 100 conc. l'art. 19). La protection d'intérêts légitimes jouit d'une primauté fondamentale en droit pénal: une action normalement punissable ne l'est plus dès lors qu'elle représente le seul moyen de protéger des intérêts justifiés d'ordre supérieur (ATF 113 IV 7 pour d'autres renvois).

On peut donc considérer comme licite le fait d'acquérir sur place des comprimés d'ecstasy (p. ex. lors de soirées techno), même sans autorisation expresse, lorsque ces comprimés sont remis à un laboratoire autorisé pour servir à des fins scientifiques. Les stupéfiants ainsi acquis sont soustraits au commerce illégal. Loin d'aller à l'encontre de la loi, cette action en renforce l'effet (cf. ATF 122 IV 184). En matière de stupéfiants, la nature délictuelle de l'acquisition ne réside pas dans le fait d'acquérir des stupéfiants auprès de détenteurs qui n'ont pas le droit d'en posséder, mais bien dans le fait que ces stupéfiants sont en général utilisés à des fins non autorisées. Si le but de l'utilisation n'est pas illégal, l'acquisition de stupéfiants ne saurait constituer un comportement contraire au droit.

En revanche, il y a lieu de se demander si l'acquisition à titre onéreux de comprimés d'ecstasy auprès de détenteurs illégaux, p. ex. lors de soirées techno, peut être licite. Même si l'acquisition et la possession ne sont pas illégales en soi, l'acquisition à titre onéreux pourrait être considérée comme un encouragement au commerce illégal. Certes, cette action permet de soustraire des stupéfiants à l'utilisation illégale, ce qui va dans le sens de la loi. Mais elle peut aussi conduire à l'enrichissement du détenteur illégal. Etant donné ce dilemme, l'achat de comprimés d'ecstasy ne saurait relever de l'initiative individuelle des organes de monitoring. En vertu de l'art. 51 LStup, il revient à l'OFSP d'autoriser l'achat d'ecstasy s'il n'y a pas d'autre moyen pour réunir un matériau d'analyse suffisant.

6.1.2 Possession illégale

Dans le cas d'un laboratoire, la possession des comprimés précède l'analyse scientifique. Dans le cas du *test rapide*, on peut se demander si l'acte de la possession est réellement donné. Selon le modèle néerlandais du test rapide, le consommateur potentiel montre ses comprimés à un conseiller, qui effectue alors un contrôle visuel et recourt éventuellement à des méthodes d'analyse simples avant de rendre les comprimés au consommateur. Le conseiller entre donc physiquement en contact avec les comprimés. Dès lors se pose la question de savoir s'il acquiert et possède ces comprimés au sens de l'art. 19 LStup. Cette question est avant tout déterminante dans la mesure où, si on admet l'acte de posséder, le fait de rendre les comprimés au consommateur potentiel constitue *de facto* une mise en circulation punissable.

La notion de possession au sens de l'art. 19, ch. 1, al. 5, LStup est équivalente à la notion d'appropriation au sens de l'art. 137 CP (ATF 119 IV 269; Albrecht [1995] N 63 conc. l'art. 19), laquelle correspond essentiellement à la notion de possession au sens de l'art. 919 CC (Schubarth [1990] N 60 conc. l'art. 137): par possession, on entend ici la maîtrise effective de la chose et la volonté effective d'exercer cette maîtrise (ATF 119 IV 269; 115 IV 106 s.). L'appropriation se détermine d'après les règles de la vie sociale (ATF 118 IV 211 s.). Quant à la possession, c'est un état de fait lorsqu'il y a volonté motivant la possession ou, s'il s'agit d'un transfert (art. 922 CC), lorsque les deux parties ont la volonté d'opérer le changement de main (Stark [1984] N 25 et 28 conc. art. 919, N 14 conc. art. 922).

Compte tenu de ces critères, on ne peut conclure à ce que le conseiller effectuant un test rapide s'approprié ou possède les comprimés d'ecstasy. Il entre passagèrement en contact avec ces comprimés, mais n'a pas la volonté de s'en assurer la maîtrise. Le consommateur qui s'adresse au conseiller n'a pas non plus la volonté de transférer la maîtrise de son bien au conseiller. Le conseiller reste physiquement au centre de consultation et a en tout temps la possibilité de

rendre physiquement les comprimés au consommateur. Nous nous trouvons ici dans la même situation qu'un client exhibant une montre devant un horloger pour que celui-ci puisse évaluer si une réparation est envisageable, après un bref examen visuel. Dans ce cas de figure, l'horloger n'entre aucunement en possession de la montre. Il en va bien sûr autrement si le client remet ensuite la montre à l'horloger pour un examen plus approfondi et qu'il quitte l'échoppe de l'horloger. Par analogie, un test rapide se résumant à un examen visuel effectué sur place n'entraîne pas la possession de fait au sens de l'art. 19, ch. 1, al. 5, LStup. Un tel test est donc licite à la lumière de la présente disposition, même en l'absence d'une autorisation (accordée par le canton selon art. 14 ou par l'OFSP selon art. 8, al. 5 LStup). La situation est autre si le conseiller prend les comprimés et quitte physiquement le consommateur, ne serait-ce que pour peu de temps, pour analyser ces comprimés dans un laboratoire installé à part.

6.2 Information sur les risques

De toute évidence, l'information sur les risques de santé liés à la consommation d'ecstasy n'est pas punissable. La punissabilité de la consommation n'empêche pas que les risques liés à cette consommation fasse l'objet d'une information ciblée, le but étant de motiver l'individu à respecter la loi en essayant de lui faire éventuellement prendre conscience des risques encourus, du moment que la menace pénale n'y suffit pas. Nous nous trouvons ici dans la situation de l'automobiliste qui roule sans avoir mis sa ceinture de sécurité: le fait que ce soit interdit n'empêche pas les organismes étatiques ou privés de mener auprès du public des campagnes d'information montrant les dangers de la conduite sans ceinture de sécurité.

Tant que l'information se limite simplement à informer sur les risques de l'ecstasy, elle ne pose aucun problème du point de vue pénal.

6.3 Information sur les mesures permettant de réduire les risques

6.3.1 Problématique

L'information pose problème à partir du moment où elle touche aux mesures *visant à réduire les risques* liés à la consommation d'ecstasy, notamment

- les modes de consommation propres à réduire les risques (p. ex. boire suffisamment d'eau),
- les recommandations en fonction de la qualité et du risque potentiel des comprimés (p. ex. le comprimé X est moins dangereux que le comprimé Y).

La question est de savoir si cette information est propre à encourager la consommation illégale, étant donné qu'elle pourrait rassurer le consommateur potentiel en écartant ses éventuels doutes. En favorisant la demande, une telle information contribuerait au développement du commerce de stupéfiants. Qui plus est, les vendeurs de comprimés réputés moins dangereux pourraient en tirer un argument de vente supplémentaire. Somme toute, les conseillers entrent en contact avec des personnes dont on doit supposer qu'elles ont commis ou vont commettre des délits en matière de stupéfiants.

6.3.2 Analyse

L'analyse juridique repose sur diverses considérations, présentées ci-après.

La **consommation** d'ecstasy demeure **punissable** (selon art. 19a LStup), même s'il s'agit de comprimés qualifiés de moins dangereux dans le cadre d'un programme de monitoring. Elle le reste même si on partage avec Schultz (Schultz [1989]) l'opinion, par ailleurs controversée, (cf. Huber [1992] [1993]; Hug-Beeli [1995], p. 452 ss.), que la consommation de stupéfiants dans les locaux dits d'injection n'est pas punissable: en effet, l'art. 19a, al. 3, LStup, sur lequel repose cette thèse, ne s'applique pas au monitoring de l'ecstasy.

Le monitoring ne vise pas à remettre des stupéfiants au consommateur. Il se limite, pour l'informateur, à examiner les comprimés présentés par le consommateur qui les a acquis. Les art. 19, ch. 1, al. 4, LStup et 136 CP ne s'appliquent donc pas a priori (cf. Schultz [1989], p. 292).

L'assistance simple n'est **pas punissable**, étant donné que la **consommation de stupéfiants** est une infraction (art. 26 LStup, en relation avec l'art. 104, al. 1, CP; Hug-Beeli [1995], p. 432; Stratenwerth/Wehrle [1987], p. 150; ATF 121 IV 296). Même si l'information sur les modes de consommation les moins risqués est susceptible de favoriser la consommation, elle reste malgré tout non punissable tant qu'elle ne transgresse pas d'autres normes pénales.

En revanche, sont **punissables**:

- l'instigation à la consommation (art. 19c LStup, en relation avec les art. 24 et 102 CP);
- le fait de provoquer publiquement à la consommation des stupéfiants ou de révéler des possibilités de s'en procurer ou d'en consommer (art. 19, ch. 1, al. 8, LStup);
- la complicité en matière de commerce de stupéfiants (art. 19, ch. 1, al. 4 LStup, en rel. avec l'art. 25 CP);
- le fait de prendre des mesures aux fins visées à l'art. 19, ch. 1, al. 1-5 (art. 19, ch. 1, al. 6 LStup).

Enfin, la question de l'**entrave à l'action pénale** se pose si le conseiller ne dénonce pas les personnes dont il doit supposer qu'elles ont commis des délits en matière de stupéfiants.

Avant d'envisager un monitoring, il faut donc se demander si l'informateur est pénalement soumis à l'**obligation de témoigner**. Or, ce ne serait guère réaliste de vouloir instaurer un rapport de confiance avec les consommateurs potentiels en vue de les informer efficacement si ces derniers doivent s'attendre à ce que l'informateur témoigne en cas de procédure pénale.

6.3.3 Incitation (art. 19c LStup)

Il y a incitation au sens de l'art. 19c LStup lorsqu'une personne motive ou tente de motiver une autre personne à consommer des stupéfiants (Albrecht [1995] N 3 et 4 conc. art. 19c LStup). Si celle-ci a déjà décidé en son for intérieur de consommer des stupéfiants, on ne peut plus parler d'incitation. Dès lors, il ne peut y avoir incitation lorsqu'un certain mode de consommation est recommandé à la place d'un autre mode pour lequel le consommateur s'est déjà décidé. Au demeurant, seule l'incitation intentionnelle est punissable.

Si, parmi plusieurs variantes d'un acte punissable, certaines entraînent une atteinte moins grande que d'autres à des intérêts juridiquement protégés, il ne saurait être punissable d'expliquer les différences entre les risques encourus. Pour reprendre l'exemple du conducteur,

il est certes punissable de rouler à 150 km/h. Mais on ne saurait en aucun cas en déduire qu'il y ait incitation à l'excès de vitesse si on explique que les risques s'accroissent en fonction de la vitesse et qu'ils sont donc moins grands à 150 qu'à 200 km/h. De même, le fait d'expliquer comment on peut réduire les risques liés à un acte illicite ne constitue pas non plus une instigation de fait. Ainsi, on enfreint la loi en perdant la maîtrise de son véhicule par excès de vitesse (art. 31, al. 1, LCR). Mais personne ne se rend punissable en suivant un cours anti-dérapiage visant à apprendre à mieux réagir pour réduire les risques ou les dégâts une fois qu'on a perdu la maîtrise de son véhicule et qu'on est par conséquent en infraction.

L'information donnée dans le cadre d'un monitoring ne pose donc pas de problème tant qu'elle présente de manière neutre et objective la teneur, la nature et les effets des principes actifs.

Il y a instigation punissable si l'information a pour but de motiver les personnes à consommer de l'ecstasy alors qu'ils n'en auraient pas eu l'intention auparavant. En revanche, il n'y a pas instigation si une personne, déjà faite à l'idée de consommer de l'ecstasy, est informée sur les risques liés aux différents types de comprimés et les précautions à prendre pour réduire les risques liés à la consommation de tels comprimés.

L'information en question ne s'adresse toutefois pas qu'à des personnes décidées à consommer, mais aussi à des personnes qui en ont l'*intention conditionnelle*: celles-ci aimeraient consommer de l'ecstasy, mais sont retenues par la crainte des risques encourus. Si elles reçoivent comme information que ces risques sont moindres, elles n'hésiteront pas à consommer. Dans ce cas, l'information n'a pas un rôle moteur, mais adjuvant dans la décision de consommer. Dans son ATF 116 IV 2, le Tribunal fédéral a révisé sa jurisprudence à ce propos et considère désormais qu'on peut déjà parler d'instigation lorsque la personne visée par l'instigateur est encline à l'acte, mais ne s'est pas encore concrètement décidée. A la lumière de cette nouvelle pratique, l'information sur l'ecstasy pourrait être qualifiée d'instigation si, après avoir été informé, le consommateur potentiel, d'abord hésitant, se décide vraiment à consommer.

Pour échapper au critère de l'instigation, le monitoring de l'ecstasy doit donc se garder de suggérer que la consommation de stupéfiants est inoffensive ou sans risque. En tout état de cause, il faut déconseiller par principe la consommation de stupéfiants, en indiquant non pas si les comprimés ou modes de consommation sont dangereux ou inoffensifs, mais s'ils sont très dangereux ou seulement dangereux, en rappelant que même les stupéfiants qui ne sont pas extrêmement dangereux restent néanmoins dangereux et qu'ils sont de surcroît interdits.

Seule l'instigation intentionnelle (y compris dans le cas de l'intention conditionnelle) (art. 24 CP) sera donc réellement punissable. L'intention de l'instigateur doit porter sur la réalisation intentionnelle du délit et l'infraction à la loi par l'auteur (Noll/Trechsel [1990], p. 168).

Un informateur participant au monitoring de l'ecstasy est donc pénalement punissable si son activité d'information est de nature à faciliter la décision de consommer de l'ecstasy chez des personnes qui ne l'auraient pas fait sans information, par crainte de risques inconnus, et si l'informateur agit par volonté ou tout au moins par consentement.

6.3.4 Provocation publique à la consommation de stupéfiants (art. 19, ch. 1, al. 8, LStup, 1ère moitié)

L'art. 19, ch. 1, al. 8, LStup présuppose que l'information est divulguée publiquement. D'emblée, on peut dire qu'un monitoring de l'ecstasy ne tombe pas sous le coup de cette disposition, étant donné qu'il s'agit d'informer individuellement le consommateur.

En admettant que l'information soit divulguée publiquement, il faut prendre en compte la considération suivante: à la différence de l'instigation, l'art. 19, ch. 1, al. 8 peut s'appliquer même si les destinataires de l'information étaient déjà décidés à consommer des stupéfiants avant d'être informés (Albrecht [1995] N 79 conc. art. 19). Par analogie à l'art. 259 CP, la provocation publique à la consommation de stupéfiants présuppose une certaine forme de persuasion propre à influencer la volonté des destinataires (Albrecht [1995] N 79 conc. art. 19; Schütz, p. 147; cf. ATF 111 IV 152). Le raisonnement est donc le même que pour l'instigation: une information visant à expliquer les différences de risques selon les produits ou les formes de consommation propres à réduire les risques encourus ne peut en aucun cas être punissable si elle met simultanément l'accent sur les risques qui subsistent malgré tout et qu'elle déconseille toute consommation de stupéfiants. La punissabilité entrerait en ligne de compte à partir du moment où l'information minimise les risques et exhorte le public à consommer des comprimés - qualifiés de moins dangereux. Comme pour l'instigation, l'information divulguée publiquement dans le cadre d'un monitoring de l'ecstasy ne doit pas avoir pour objectif d'encourager à la consommation d'ecstasy en minimisant les risques encourus.

6.3.5 Révélation publique des possibilités de se procurer et de consommer des stupéfiants (art. 19, ch. 1, al. 8, LStup, 2ème moitié)

Pour être punissable en vertu de l'art. 19, ch. 1, al. 8, 2ème moitié, LStup, l'information doit indiquer *où* on peut se procurer et consommer des stupéfiants. Elle n'est pas punissable si elle indique *comment* on fabrique ou transforme des stupéfiants (ATF 118 IV 409). Par analogie, cette disposition ne s'applique pas davantage à une information qui s'adresse à des personnes sachant déjà où se procurer et consommer des stupéfiants, et dont le but est simplement d'indiquer comment on peut consommer des stupéfiants en réduisant les risques encourus.

6.3.6 Complicité de commerce

La complicité de commerce est punissable (art. 19, ch. 1, al. 4 LStup, en rel. avec les art. 26 LStup et art. 25 CP). Par complicité, on entend ici toute participation causale sans laquelle le délit aurait été commis autrement (ATF 118 IV 312 et 117 IV 188 pour d'autres renvois). Prenons le cas d'une personne qui offre tournée sur tournée dans un débit de boissons: il est réputé complice des conducteurs qui prendraient le volant en état d'ébriété. On sait en effet par expérience que ce comportement favorise la consommation d'alcool des intéressés (ATF 117 IV 189 s.). En revanche, le simple consentement à une décision délictueuse préexistante ne relève pas de la complicité (Noll/Trechsel [1990], p. 174). De même, il n'y a pas complicité lorsque quelqu'un omet purement et simplement d'empêcher un acte répréhensible (ATF 118 IV 313; 117 IV 190). Il en va bien sûr autrement s'il existe un devoir de garant, c'est-à-dire si la personne aurait dû, en vertu d'un statut juridique particulier, défendre un intérêt juridiquement protégé contre le risque imminent (ATF 118 IV 313; 113 IV 72).

Le simple fait que l'informateur n'empêche pas un (éventuel) trafiquant d'exercer son activité n'est donc pas assimilable à un cas de complicité. Il en va de même si le monitoring est effectué par des employés publics. Les fonctionnaires n'ont pas davantage un devoir de garant les obligeant à empêcher ou à dénoncer tous les actes punissables dont ils ont connaissance (ATF 118 IV 314 s.). Certes, la police judiciaire est exercée par tous les employés de la Confédération et des cantons, dans la limite de leurs attributions (art. 17, al. 2, PPF). Mais une telle disposition générale ne saurait motiver un devoir de garant déterminant du point de vue pénal pour toutes les sortes de délits (ATF 118 IV 314 s., concernant la disposition analogue de l'art. 11 du code de procédure pénale du canton de Genève).

Est punissable dans tous les cas la complicité intentionnelle (art. 25 CP). Par intentionnel, on entend ici le fait que le complice sait ou devrait savoir qu'il aide à accomplir un acte dont la nature est clairement répréhensible, et qu'il le veut ou qu'il y consent (ATF 117 IV 188).

Au sens large, l'information sur les modes de consommation propres à réduire les risques encourus pourrait être qualifiée d'assistance au commerce dans la mesure où, avant d'être renseignées, certaines personnes auraient renoncé à consommer de l'ecstasy par crainte de risques inconnus et qu'une fois renseignées, elles se décident finalement à consommer de l'ecstasy et en achètent dans ce but. Notre réflexion rejoint donc le raisonnement à propos de l'instigation à la consommation: si l'information n'a pas pour effet d'augmenter le nombre de consommateurs, on peut dire que, globalement, elle n'encourage pas le commerce de stupéfiants. Les conséquences à tirer en ce qui concerne la conception de l'information ont déjà été esquissées plus haut.

On pourrait à la rigueur argumenter que, si l'information pratiquée dans le cadre du monitoring n'encourage pas globalement le commerce de stupéfiants, elle peut néanmoins favoriser les activités de certains trafiquants (au détriments d'autres trafiquants) en indiquant que leur marchandise est moins dangereuse. Cette argumentation nous semble toutefois reposer sur une interprétation beaucoup trop large et de surcroît contraire à l'esprit de la loi. A la différence d'autres lois comme la LCD, la LStup n'a pas pour but de protéger certains commerçants contre les méthodes de vente d'autres commerçants. Au contraire, elle a pour objectif avoué de juguler le commerce des stupéfiants à cause de ses conséquences pour la santé publique. Il serait donc contraire à l'esprit de la loi que de considérer comme punissable une action qui aurait pour conséquence de favoriser la vente de stupéfiants moins dangereux au détriment de stupéfiants plus dangereux, le volume de marché restant globalement le même.

6.3.7 Mesures préparatoires (art. 19, ch. 1, al. 6, LStup)

En matière de stupéfiants, le fait de prendre des mesures à des fins illicites constitue déjà un délit à part entière, à la différence de la notion générale de tentative. Il constitue en outre un délit indépendant (ATF 121 IV 200). Il y a délit même si les mesures servent à préparer une action exécutée ensuite par des tiers. Toutefois, ce délit n'inclut pas toutes les formes d'assistance (ATF 115 IV 61) et n'englobe pas non plus tous les comportements qui pourraient servir à la préparation d'un acte illicite. Pour qu'il y ait délit, il faut que le comportement de l'auteur exclue toute interprétation allant dans le sens d'une fin licite et qu'il apparaisse clairement comme une mesure préparatoire à but délictueux (ATF 117 IV 313).

Le monitoring ne constitue pas une mesure préparatoire étant donné qu'il ne peut être considéré comme assistance au commerce.

6.3.8 Entrave à l'action pénale

Il en va de l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP) comme de l'assistance au commerce. Un comportement simplement passif ne suffit en général pas pour constituer une entrave à l'action pénale (ATF 117 IV 471). Une omission constitue une entrave à l'action pénale si l'auteur a un devoir de garantir et que ce devoir est qualifié (ATF 120 IV 106; 106 IV 276). Le fait de ne pas dénoncer ne peut constituer une entrave à l'action pénale que s'il y a obligation. Or, il n'y a pas d'obligation générale en la matière (ATF 120 IV 106; 117 IV 62, 471).

Dans le cadre de la consommation personnelle de stupéfiants, l'art. 15, al. 3, LStup prévoit expressément que les éducateurs, les assistants sociaux et le personnel auxiliaire ne sont pas tenus de dénoncer. Ces dispositions visent à permettre aux toxicodépendants de s'adresser aux organes de consultation sans encourir de poursuite pénale. Cela correspond également à l'objectif de la loi en matière de santé publique: les personnes qui cherchent assistance en matière de santé doivent pouvoir demander conseil sans crainte d'être dénoncées.

Les informateurs participant à un monitoring n'entravent pas l'action pénale s'ils ne dénoncent pas des personnes contrevenant visiblement à la législation sur les stupéfiants.

6.3.9 Justification

Globalement, on retiendra que le monitoring de l'ecstasy pourrait, selon la forme donnée à l'information et selon les circonstances, être considéré comme instigation à la consommation de stupéfiants ou comme complicité de commerce de stupéfiants, notamment lorsque des personnes, qui auraient seulement eu l'intention conditionnelle d'acheter et de consommer des stupéfiants, se décident finalement à en consommer sur la base d'informations allant dans le sens d'une relative innocuité de certains modes de consommation et lorsque, de surcroît, l'informateur agit par volonté ou par consentement.

Mais même si on admet une telle hypothèse, l'appréciation du monitoring doit tenir compte de tous les intérêts juridiques en question. La loi sur les stupéfiants réprime la consommation de stupéfiants en raison de ses conséquences sur la santé publique, sans faire de différence entre drogues dures et drogues douces. Cela n'empêche pas qu'il y ait des drogues plus ou moins dangereuses. La protection de la santé publique étant l'objectif fondamental de la loi, il serait contraire à son esprit de considérer comme illicite toute information visant à expliquer les différences de risques potentiels selon les drogues. Recommander le cannabis à une personne décidée à consommer de l'héroïne n'est de toute évidence pas punissable, car le risque d'atteinte à la santé et la gravité de la consommation en seraient ainsi réduits (cf. ATF 117 IV 62).

Dans le cas qui nous préoccupe, nous considérons assurément des personnes qui n'ont pas décidé *a priori* de consommer des stupéfiants. Dès lors se pose une autre question similaire. Il s'agit de l'aide en cas de nécessité (art. 34, ch. 2, CP), dont la justification repose sur les mêmes considérations que l'ATF 117 IV 58 ss. Il ne s'agit pas d'apprécier un acte d'après la gravité du délit qu'il entraîne en lui-même, mais de comparer cet acte avec d'autres actes substitutifs afin

de mettre "en concurrence" sa gravité avec celle des délits substitutifs. La question n'est donc pas de choisir entre le "mal" et le "bien", mais de choisir de deux maux le moindre. L'ordre juridique perdrait tout son sens s'il devait empêcher de réduire les risques (cf. Seiler [1997]). Pour savoir si l'aide en cas de nécessité est une justification adéquate, il faut soupeser la valeur attribuée aux intérêts juridiques en cause d'une part, et le risque auquel ces intérêts sont exposés d'autre part. En outre, il faut que le danger ne puisse être écarté autrement (ATF 116 IV 366). Il faut donc établir une évaluation comparative des risques. Reprenons encore une fois notre conducteur et supposons qu'il transgresse les règles de circulation (délit abstrait de mise en danger; infraction simple) pour sauver une vie humaine: son délit est justifié (ATF 106 IV 1). A l'inverse, son délit n'est pas justifié s'il commet une infraction grave aux règles de circulation, susceptible de mettre concrètement en danger la vie d'autrui pour sauver la vie d'un animal (ATF 116 IV 366).

Dans le cas qui nous préoccupe, il y a lieu d'admettre que certaines situations – par ex. une soirée techno – réunissent un grand nombre de personnes consommant de l'ecstasy. Supposons que des comprimés d'ecstasy frelaté ou particulièrement dangereux pour tout autre motif fassent leur apparition: la vie et la santé de ces personnes sont aussitôt exposées à un danger immédiat. Dans ce cas, il vaut mieux sauvegarder les intérêts juridiques supérieurs en acceptant le risque de commettre certains délits. C'est d'autant plus justifié que ces éventuels délits (consommation de stupéfiants ou instigation) constituent seulement des infractions et que, de surcroît, il s'agit uniquement de mises en danger abstraites d'intérêts juridiques bénéficiant d'une protection hautement anticipée.

Admettons que le monitoring de l'ecstasy permette de réduire un risque grave et immédiat d'atteinte à la santé en empêchant la consommation de comprimés frelatés ou particulièrement dangereux: il faut alors mettre cette diminution de risque en balance avec le risque engendré par le monitoring, à savoir que certaines personnes se sont peut-être mises à consommer des comprimés (au moins non frelatés ou sans risque immédiat pour la santé) alors qu'elles ne l'auraient pas fait en l'absence de monitoring. Si le potentiel de risque engendré est moins grand que la réduction des risques effectifs, le bilan du monitoring peut être considéré comme positif, de sorte que ce monitoring ne peut être sanctionné, même s'il remplit en soi les critères de certains délits.

6.4 Droit de refuser de témoigner pour les informateurs ?

Selon l'art. 15, al. 2 LStup, les employés de l'autorité protectrice compétente de même que ceux des institutions de traitement ou d'assistance ont le droit de refuser de témoigner s'il s'agit d'infractions visées à l'art. 19a LStup (consommation personnelle). Ni la loi sur les stupéfiants, ni l'ordonnance sur les stupéfiants ne précisent en détail l'autorité compétente, ni l'instance habilitée à "autoriser" des institutions de traitement ou d'assistance. De plus, aucune jurisprudence fédérale n'a été établie à ce propos.

En l'absence de toute réglementation fédérale, les compétences cantonales sont déterminantes. Les autorités compétentes en matière d'assistance et les institutions autorisées à pratiquer l'assistance sont celles auxquelles le canton a confié la réalisation des programmes de prévention en vertu de l'art. 15a LStup. Selon l'art. 15a, al. 3, LStup, il peut s'agir d'organismes privés. La loi distingue toutefois à l'art. 15a entre *information et consultation* d'une part (al. 1),

et prise en charge d'autre part (protection, al. 2). Le droit de refuser de témoigner selon art. 15, al. 2, ne s'applique qu'aux organismes de prise en charge, c'est-à-dire assurant le traitement et l'assistance des toxicodépendants. Il faudrait donc en conclure que les organismes chargés de l'information ne bénéficient pas de ce droit.

Une telle exégèse nous paraît toutefois aller à l'encontre de l'objectif clair de la loi. Le législateur est parti du principe qu'il y a deux catégories de personnes, celles qui ne consomment pas encore de stupéfiants et qui doivent pouvoir consulter des centres d'information d'une part, et celles qui consomment déjà des stupéfiants et qui ont besoin d'être prises en charge d'autre part. Le législateur n'a très probablement pas imaginé qu'il puisse y avoir des personnes qui consomment des stupéfiants, mais qui n'ont pas pour autant besoin d'un traitement ou d'une prise en charge au sens classique. L'art. 15, al. 2, LStup a visiblement pour objectif d'éviter que les consommateurs de stupéfiants ne tombent dans la dépendance et ne mettent leur propre vie en danger. Cette disposition leur accorde à cet effet la possibilité de consulter des personnes de confiance sans avoir à craindre de poursuites pénales. Cet objectif s'applique également aux personnes qui ne doivent pas, du moins pas encore, être prises en charge, mais qui s'exposent à de graves risques d'atteintes à la santé en recourant à des modes de consommation particulièrement dangereux.

Compte tenu de ces considérations, nous sommes d'avis que les organismes et les personnes participant à un monitoring cantonal de l'ecstasy doivent être au bénéfice du droit de refuser de témoigner. Rappelons toutefois qu'il n'existe encore aucune jurisprudence du TF en la matière et que notre réponse ne saurait par conséquent être une certitude absolue.

7. Responsabilité pénale et financière en cas d'accident

La responsabilité financière des participants au monitoring peut être invoquée si l'information donnée dans le cadre du monitoring entraîne un accident. Prenons deux cas de figure:

- l'analyse des comprimés ne met pas en évidence certaines substances dangereuses ou l'information n'est pas fidèle à la réalité: le consommateur reçoit donc une information objectivement fautive sur la nature des comprimés et sur leur potentiel de risques;
- la constitution du consommateur est telle que la consommation de stupéfiants entraîne des effets plus violents que pour un individu moyen.

7.1 Bases légales en matière de responsabilité

Le problème de la responsabilité pénale doit être analysé en particulier à la lumière des art. 117 (homicide par négligence) et 125 (lésions corporelles par négligence) CP.

La responsabilité financière a des bases légales différentes selon que les participants au monitoring sont des fonctionnaires fédéraux, des fonctionnaires cantonaux ou des privés.

- Dans le cas des **fonctionnaires fédéraux**, la base légale est donnée par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité (LRCF; RS 170.32). Il en va de même pour les personnes privées auxquelles la Confédération confie directement des tâches de droit public (art. 1, al. 1, let. f, LRCF). La Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions (art. 3, al. 1, LRCF).

- Dans le cas des **fonctionnaires cantonaux**, et pour autant que la Confédération ne leur ait pas confié directement des tâches de droit public, c'est le droit cantonal de la responsabilité qui s'applique. La plupart des cantons ont introduit une réglementation analogue à la législation fédérale. Les actes „industriels“ des fonctionnaires cantonaux sont en revanche soumis au droit privé (art. 61 CO). La distinction est au demeurant assez délicate. Le critère général est la souveraineté de la tâche (Gross [1995], p. 116 ss.), concrétisée par le droit cantonal dans le cadre de l'art. 61 CO. Un laboratoire cantonal qui effectue l'analyse de comprimés d'ecstasy pourrait être considéré comme accomplissant, selon les cas, une tâche officielle ou une activité industrielle. La jurisprudence du Tribunal fédéral penche plutôt pour une application assez large du droit cantonal de la responsabilité de l'Etat, tandis que la doctrine est plutôt encline à en donner une interprétation restrictive.
- Dans le cas des **privés**, et pour autant que la Confédération ne leur ait pas confié directement des tâches de droit public, ainsi que pour les fonctionnaires cantonaux dans le cadre précité, c'est le droit privé qui s'applique. On retiendra ici soit une responsabilité hors contrat (art. 41 ss. CO), soit une responsabilité stipulée dans le contrat de conseiller (art. 97 CO). Selon la jurisprudence du TF, une activité d'information qui n'est ni rémunérée, ni industrielle, est régie par les règles de la responsabilité non contractuelle (ATF 116 II 699). L'information sur l'ecstasy nous semble plutôt ressortir de la responsabilité non contractuelle. Toutefois, on pourrait aussi envisager ce problème sous l'angle contractuel.

7.2 *Illicéité et causalité adéquate*

Les différences entre responsabilité de droit civil et responsabilité de droit public ainsi qu'entre responsabilité contractuelle et responsabilité non contractuelle résident essentiellement dans la nature de la faute. Dans tous les cas, la responsabilité financière présuppose que le dommage soit illicite¹ et qu'il entretienne un lien de causalité adéquate avec le comportement incriminé. De même, la responsabilité pénale pour cause d'homicide par négligence ou de lésions corporelles par négligence présuppose également un lien de causalité adéquate. En outre, la négligence doit résulter d'une infraction illicite au devoir de prévoyance (art. 18, al. 3, CP). Le droit pénal et le droit de la responsabilité connaissent fondamentalement les mêmes notions d'infraction au devoir de prévoyance, d'illicéité et de causalité adéquate. Les considérations qui suivent s'appliquent donc aux deux types de responsabilités.

7.2.1 *Illicéité*

En matière de **responsabilité civile**, on distingue entre les dommages aux personnes et aux choses d'une part, et les dommages purement financiers d'autre part. Dans le premier cas, il s'agit d'une atteinte à un droit absolu, ce qui entraîne par définition une responsabilité, sauf si une justification existe (illicéité de résultat). En revanche, le patrimoine ne bénéficie pas en soi d'une protection absolue. Dès lors, un dommage purement financier n'est illicite que s'il y a infraction à une norme légale visant à protéger les intérêts juridiques lésés (illicéité de comportement) (cf. p. ex. ATF 118 Ib 476; 116 Ib 374; 112 II 128). Dans le cas qui nous préoccupe, il s'agit de dommages aux personnes, de sorte qu'il peut y avoir une responsabilité

¹ Les cas de responsabilité d'Etat pour cause de comportement illégal se traduisent par des dédommagements pour atteinte licite à des intérêts juridiquement protégés (cf. ATF 118 Ib 481 s.), par ex. par suite d'expropriation ou de lésions corporelles imputables à l'usage des armes par la police par ex. Ce genre de cas n'est pas traité ici.

financière indépendamment du fait qu'une norme concrète de comportement ait été enfreinte ou non. En ce qui concerne la responsabilité civile résultant d'une faute, il convient de distinguer entre l'illicéité et la faute; toutefois, on observe dans la pratique une tendance à considérer cette question de manière globalement plus objective sous l'angle de l'*infraction au devoir*.

Dans le cas de la responsabilité étatique, en soi causale, le fait qu'il y ait dommage aux personnes ne suffit pas si, après considération, on parvient à la conclusion qu'un dommage entretient un lien de causalité naturelle avec une action étatique donnée. Admettons par exemple un repris de justice incarcéré profitant d'un congé pour commettre un homicide: le dommage à la personne est certes imputable au fait qu'un congé lui a été accordé, mais cet état de fait n'induit pas automatiquement la responsabilité de l'Etat. De même, un traitement médical dans un hôpital public n'induit pas automatiquement la responsabilité de l'Etat si ce traitement échoue. L'Etat voit sa responsabilité engagée seulement lorsqu'il y a *infraction au devoir de fonction* (ATF 120 Ib 413 ss.; 115 Ib 180 s.). Il suffit que l'action étatique soit conforme au devoir de fonction pour que l'Etat soit dégagé de toute responsabilité (Gross [1995], p. 149 s.).

L'illicéité au sens des **dispositions pénales** pertinentes (homicide/lésions corporelles par négligence) est donnée par le fait que le résultat se réalise et que l'auteur a enfreint un *devoir de diligence*, celui-ci pouvant être fondé aussi bien sur des dispositions légales spécifiques que sur des règles juridiques générales (ATF 122 IV 133, 225; 118 IV 130; 116 IV 306).

On peut donc s'appuyer sur le critère de l'*infraction au devoir* pour évaluer l'illicéité tant sous l'angle du droit de la responsabilité que du droit pénal.

7.2.2 Causalité adéquate

Qu'elle soit de nature civile ou pénale, la responsabilité est par ailleurs limitée par le lien de causalité adéquate. Il y a responsabilité à partir du moment où on commet un acte propre à induire ou tout au moins à favoriser un résultat qu'on aurait pu prévoir, compte tenu du cours normal des choses et de l'expérience de vie (ATF 120 IV 312, avec d'autres renvois). Le lien de causalité adéquate est en outre interrompu lorsque le dommage est essentiellement imputable à la propre faute du lésé ou d'un tiers, mais seulement si ce comportement est à tel point extraordinaire que personne n'aurait pu s'y attendre ou qu'il est la cause immédiate du résultat, éclipsant ainsi tous les autres facteurs ayant contribué au résultat (ATF 121 IV 213; 115 IV 102). Le rapport d'adéquation n'est pas une question de causalité scientifique, mais d'évaluation: il s'agit de délimiter de manière judicieuse les conséquences de l'action pour éviter que chacun doive supporter une responsabilité infinie pour toutes les conséquences de ses actes. Le comportement condamnable réside dans le fait de prendre des risques illicites (Dubs [1996], p. 28 ss.).

Dans le cas qui nous préoccupe, le dommage est la conséquence immédiate de la consommation d'ecstasy par le lésé lui-même. Il ne s'agit donc pas d'un cas de causalité classique, par ex. lorsqu'il s'agit d'un homicide ou de lésions corporelles par négligence suite à l'utilisation de véhicules ou d'installations techniques; dans ce genre de cas, le résultat est physiquement la conséquence immédiate du comportement incriminé (utilisation d'un véhicule à moteur, etc.). La question se pose alors de savoir si le comportement du lésé est à ce point extraordinaire qu'il devient plus important que le résultat immédiat. Mais dans le cas qui nous préoccupe,

l'acte qui engendre immédiatement le dommage est accompli par la victime elle-même. Or l'individu est par principe responsable de ses actes. Le cas qui nous préoccupe ne peut pas non plus être assimilé à un homicide sur demande, qui ne reste pas impuni en vertu de l'adage *volenti non fit iniuria*; car dans ce cas, l'acte qui entraîne directement le dommage n'est pas accompli par la victime elle-même, mais par un tiers agissant sur demande de la victime. En conséquence, seuls deux aspects pourraient entraîner la responsabilité pénale ou financière des personnes participant à un monitoring:

- acte par omission,
 - parce que des informations essentielles n'ont pas été communiquées au consommateur potentiel dans le cadre de la consultation (ATF 116 II 699);
 - ou parce que celui-ci n'a pas été empêché de consommer des comprimés d'ecstasy;
- acte par commission, pour autant que l'information transmise dans le cadre du monitoring puisse être qualifiée de cause adéquate pour la consommation d'ecstasy.

7.2.3 Responsabilité par omission

Tant du point de vue pénal que financier, la responsabilité par omission n'est possible que si un devoir de garant préexiste (ATF 118 Ib 476 s.; 118 II 507; 117 IV 132 s.; 116 Ib 374; Gross [1995] 154). Un tel devoir ne peut être institué que par la loi ou par contrat. En revanche, il n'existe aucune obligation juridique générale d'agir en faveur de tiers (ATF 116 Ib 374). Même si un devoir de garant existe, celui-ci ne s'applique que dans le cadre objectif et temporel de la compétence à laquelle il se rapporte (ATF 120 IV 310).

La prise en charge – même volontaire – d'une activité de conseil peut justifier un devoir de garant (ATF 116 II 699). En vertu de ce devoir de garant, le conseiller peut voir sa responsabilité mise en cause si, sciemment ou par légèreté, il passe sous silence des informations essentielles dont il a connaissance et dont il doit supposer qu'elles peuvent influencer la décision de la personne conseillée (ATF 116 II 699). En ce sens, le monitoring de l'ecstasy peut engager la responsabilité des participants si des risques potentiels sont passés sous silence et qu'un consommateur subit un dommage alors qu'il n'aurait pas consommé d'ecstasy s'il avait reçu toutes les informations. Pour éliminer toute mise en cause de la responsabilité, l'information donnée dans le cadre du monitoring doit donc être exhaustive et aucune information essentielle ne doit être passée sous silence.

Il y a lieu de se demander s'il existe, par-delà l'activité de conseil, le devoir d'empêcher la personne conseillée de consommer des stupéfiants.

Par principe, chaque individu est responsable de son comportement. Le fait de ne pas empêcher par omission quelqu'un de se léser lui-même ne peut être invoqué à titre de responsabilité que s'il préexiste un rapport juridique particulier dont le but consiste à protéger l'intérêt lésé contre tout danger. Dans une telle situation, le fait que la victime se soit comportée de manière dommageable pour elle-même n'exclut pas automatiquement toute responsabilité, surtout si le rapport juridique avait précisément pour but de prévenir que la victime ne porte atteinte à sa propre santé (par ex. lorsqu'une clinique psychiatrique prend en charge une personne ayant des intentions suicidaires, cf. ATF 112 Ib 329 ss.). En revanche, la responsabilité du garant n'est pas engagée si une victime – capable de discernement – transgresse des indications claires (ATF 117 IV 416; 115 IV 199: cas d'un skieur ne respectant

ni signalisation ni clôtures). Le simple fait de s'engager moralement à prévenir un dommage ne suffit pas pour fonder un devoir de garant (ATF 108 IV 6). Pour qu'il y ait responsabilité, il faut en outre qu'il y ait la possibilité d'empêcher le résultat, tant sur le plan juridique que sur le plan concret. C'est par exemple le cas d'une clinique psychiatrique qui peut immobiliser un patient même contre son gré. Cela constitue tout de même une atteinte à la liberté individuelle (sur le plan pénal, il s'agit d'une contrainte selon art. 181 CP, ou d'une séquestration selon art. 183 CP), mais elle est envisageable parce qu'il existe un rapport de droit particulier entre la clinique et le patient. De même, il existe un rapport directif entre l'employeur et l'employé. Le premier est donc responsable s'il ne donne aucune directive à son employé ou s'il omet d'en vérifier l'application (ATF 109 IV 15). Mais il ne suffit pas de demander conseil pour instaurer un tel rapport de droit. Le conseiller n'a pas du tout la compétence de recourir à des moyens coercitifs pour empêcher – contre son gré – la personne en quête de conseil de passer à l'acte. Prenons l'exemple du guide de montagne qui, sur demande d'un alpiniste, explique à celui-ci les dangers qui parsèment la randonnée envisagée: est-il punissable si l'alpiniste part et perd la vie en cours de randonnée? Evidemment non, car il n'aurait en aucun cas eu le droit de retenir l'alpiniste en recourant à des moyens coercitifs.

Dans le cas qui nous préoccupe, le comportement incriminé constitue certes un acte répréhensible. Mais il n'existe aucune obligation générale impliquant qu'il faille empêcher autrui de commettre un délit punissable. Dans le cas du monitoring, l'hypothèse selon laquelle les informateurs seraient en droit d'empêcher les consommateurs de consommer en recourant à des moyens coercitifs nous paraît extrêmement problématique: en effet, le fait d'empêcher une simple infraction ne saurait justifier des mesures telles que contrainte ou séquestration.

Admettons que, dans le cadre du monitoring, l'informateur qui effectue un test rapide *entre de facto* en contact physique avec les comprimés d'ecstasy. A-t-il le droit, voire le devoir de confisquer les comprimés d'ecstasy présentés par le consommateur potentiel? Une telle confiscation ne serait pas punissable: en effet, elle ne constitue ni un vol, parce que le consommateur potentiel est illégalement en possession de ces comprimés (ATF 122 IV 179 ss.), ni un délit en vertu de la LStup, car le confiscateur n'agit pas "sans droit" au sens de l'art. 19, ch. 1, LStup (cf. plus haut, chapitre 6.1.1).

Mais existe-t-il un devoir en la matière? D'une part, il est clair que l'hypothèse d'un tel devoir saboterait le monitoring en lui ôtant toute substance: en effet, le consommateur ne sera guère tenté de présenter ses comprimés s'il sait qu'ils lui seront confisqués. D'autre part, la confiscation ne saurait être légitime que si elle s'inscrit dans un contexte qualifié. Prenons l'exemple du garagiste à qui un cyclomotoriste apporte un vélomoteur illégalement maquillé: le garagiste n'est pas tenu de confisquer ce cycle, même s'il est patent que son propriétaire commet une infraction à la législation routière en l'utilisant. Toutefois, sa responsabilité sera mise en cause s'il omet de confisquer le motorcycle maquillé dans deux cas:

- si tout indique que le détenteur a l'intention évidente d'utiliser l'objet incriminé pour nuire à autrui. De même, un marchand d'armes à qui un individu confie une arme pour réparation est tenu de la confisquer s'il sait que cet individu la détient illégalement et qu'il s'apprête très probablement à l'utiliser pour commettre un délit;
- si le détenteur du motorcycle est visiblement incapable de discernement et qu'il risque de se blesser lui-même. De même, un hôte se rend responsable s'il omet de retirer tout alcool à un invité en état d'ébriété avancée et, de surcroît, incapable de discernement.

Par analogie, on peut considérer que, étant donné que l'informateur entre physiquement en contact avec les comprimés dans le cadre du test rapide, il est tenu de les séquestrer à partir du moment où ces comprimés sont extrêmement dangereux et qu'il sait ou doit supposer que leur détenteur les remettra à des tiers ou qu'il n'est plus capable de discernement et qu'il les consommera lui-même.

7.2.4 Responsabilité par commission

Il y a un lien de causalité adéquate entre l'information donnée dans le cadre du monitoring, la consommation de stupéfiants et l'accident qui en résulte à partir du moment où cette information motive la personne à consommer de l'ecstasy. Cette information doit donc constituer une instigation (en soi déjà punissable) à la consommation de stupéfiants. Ce serait le cas si, par le biais de la consultation, une personne qui n'aurait jamais eu l'intention de consommer de l'ecstasy est amenée à en consommer, par ex. parce qu'on lui a dit que l'ecstasy est inoffensif, etc.

Dans la plupart des cas, la personne qui consulte un centre d'information a l'intention conditionnelle de consommer, c'est-à-dire qu'elle aimerait consommer de l'ecstasy, mais est retenue par la crainte des risques encourus.

Si la consultation conduit la personne intéressée à croire que la consommation n'est pas dangereuse, elle se mettra à consommer, alors qu'elle y aurait peut-être renoncé si l'information lui avait donné à comprendre que la consommation de stupéfiants est trop risquée.

Ici également, il faut distinguer la question du lien de causalité adéquate et la question de l'illicéité de l'information. De manière générale, il n'y a pas de causalité adéquate entre le fait de renseigner un tiers et la disposition que ce tiers prend sur la base de ladite information.

Prenons le cas du météorologue qui annonce à un navigateur une météo optimale pour la voile: il n'y a pas de lien de causalité adéquate entre ce renseignement et le fait que le navigateur part à la voile, mais est surpris par une tempête dans laquelle il perd la vie.

On pourrait parler de causalité adéquate si un rapport particulier s'instaure entre l'informateur et la personne informée. Un tel rapport serait en particulier donné si l'Etat recommande un certain comportement (par ex. la vaccination). Ce genre de rapport peut entraîner la responsabilité de l'Etat (dans certains cas, elle est même expressément stipulée, par ex. à l'art. 23, al. 3, de la loi sur les épidémies; cf. Nützi [1995], p. 135, 250 s.). De même, la recommandation de placement d'un conseiller en patrimoine peut avoir un lien de causalité adéquate avec la décision du client d'effectuer un certain placement. Dans le cas du monitoring de l'ecstasy, la consommation d'ecstasy n'est assurément pas recommandée. On ne peut toutefois exclure qu'un consommateur consomme un comprimé principalement parce qu'il a été informé que ce comprimé n'est pas particulièrement dangereux. Il en va de même pour le chirurgien qui explique les risques liés à une certaine opération: cette information a un lien de causalité adéquate avec la décision du patient de subir l'opération.

Pour pouvoir justifier une responsabilité, l'information doit également être illicite (contraire au devoir légal). Si l'information a été donnée sous une forme parfaitement légale, il n'y a pas de mise en cause de la responsabilité, même si l'information est la cause du dommage. Compte

tenu des considérations figurant aux chapitres 5 et 6, il est fondamentalement licite d'informer sur l'ecstasy. Cette information devient illicite si elle est fautive. Pour reprendre l'exemple du chirurgien: s'il a allégué que l'opération est sans risque et que l'opération échoue, il peut être actionné en responsabilité, parce que le patient s'est appuyé sur cette information pour prendre des dispositions (consentir à l'opération) qui se sont avérées dommageables (cf. ATF 113 II 433). La responsabilité demeure exclue si l'information est conforme à la vérité et que le patient se soumet à l'opération volontairement et en toute connaissance de cause (pour autant qu'il n'y ait pas d'erreur médicale durant l'opération).

La responsabilité de l'informateur ne s'étend toutefois pas à toute information fautive. Pour reprendre l'exemple des banques, admettons que la stratégie de placement recommandée par le conseiller en patrimoine s'avère ultérieurement défavorable pour le client de la banque: celui-ci ne peut actionner le conseiller en responsabilité. En effet, la responsabilité du conseiller porte non pas sur la justesse de l'information, mais sur le fait qu'il doit informer son client en toute conscience (ATF 116 II 699). Il en va de même pour l'information du chirurgien concernant les risques opératoires: si l'information est correcte et qu'elle indique clairement au patient l'ampleur des risques encourus, la décision du patient de subir l'opération relève de la décision personnelle. La responsabilité du médecin ne saurait donc être mise en cause ici (ATF 117 Ib 200). Il en va de même pour l'information étatique visant à éviter certains comportements: cette information doit être objective et circonstanciée (ATF 118 Ib 482 s.; Nützi [1995], p. 96 ss., 292). Dans ces circonstances, l'information ne met pas en cause la responsabilité de l'Etat, même si des dommages effectifs en résultent (ATF 118 Ib 484).

La responsabilité des participants au monitoring (et des employés de la Confédération ou du canton concerné) pourrait être mise en cause s'ils donnent des informations erronées, arguant par exemple qu'un certain mode de consommation de l'ecstasy est inoffensif, si une personne consomme ensuite de l'ecstasy sur la base de cette information et que sa santé est gravement atteinte de ce fait. Par analogie, quiconque pourrait être tenu responsable d'un accident lié à l'ecstasy s'il annonce à tort au consommateur que l'ecstasy est inoffensif et que le consommateur se base essentiellement sur cette information pour se décider à consommer. Mais si l'information est conforme à la vérité, et que le consommateur prend sa décision en toute connaissance de cause, toute responsabilité est exclue en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence.

L'information relative à la dangerosité de l'ecstasy est forcément incomplète et incertaine. Les effets de la consommation d'ecstasy ne sont pas clairement identifiés. De plus, il se pourrait qu'une substance dangereuse reste méconnue à cause de l'imprécision des méthodes d'analyse. Le test rapide, qui consiste à comparer un comprimé avec la liste des comprimés connus jusqu'ici, comporte une marge d'incertitude encore plus grande. Enfin, les risques peuvent varier en fonction de la tolérance individuelle des organismes.

Si on veut exclure toute responsabilité, l'information doit également thématiquer le fait que les connaissances en la matière sont lacunaires. Elle doit mettre l'accent sur le fait qu'il y a un risque et que ce risque ne peut être quantifié exactement, compte tenu des incertitudes concernant la composition des comprimés et la tolérance individuelle des organismes. Celui qui, en dépit de cette situation, consomme de l'ecstasy le fait à ses risques et périls et en toute connaissance de cause; dès lors, la responsabilité de l'informateur est exclue.

8. Monitoring coordonné?

La loi sur les stupéfiants part du principe que les mesures préventives incombent aux cantons (art. 15a, al. 1, 2, 4, 5 LStup). En vertu de l'art. 15c, al. 3, LStup, la Confédération prête ses services aux cantons et aux organismes privés pour l'exécution de la loi. Elle crée notamment à cet effet un organe de documentation, d'information et de coordination. La collaboration entre Confédération et cantons dans l'application de la loi a été l'un des piliers de la révision de cette loi en 1975 (FF 1973 I 1366). La Confédération a donc les compétences nécessaires pour instaurer un monitoring coordonné au plan national.

Du point de vue hiérarchique toutefois, la Confédération exerce son activité de coordination sans que les cantons lui soient subordonnés. Elle ne peut donc les mandater en la matière. La loi réserve la compétence d'application en premier lieu aux cantons, qui sont par conséquent libres d'interpréter à leur guise la marge de manœuvre qu'elle leur laisse. La Confédération peut donc collaborer avec les cantons qui sont d'accord de s'associer à son action, mais elle ne peut pas contraindre un canton qui refuserait de participer à un tel monitoring.

En vertu de l'art. 15c LStup, la Confédération peut soutenir les organismes privés chargés d'opérer le monitoring. Aucune base légale ne permet toutefois de conférer une tâche d'autorité publique aux organismes privés. En revanche, rien ne s'oppose à une activité d'information privé et volontaire qui respecterait les conditions récapitulées ci-après.

9. Conclusions et réponse aux questions:

Les art. 3a, 15a et 15c LStup constituent la base légale permettant à la Confédération ou aux cantons d'acquérir des comprimés d'ecstasy à des fins scientifiques et d'informer les consommateurs sur les risques liés à la consommation d'ecstasy et sur les mesures permettant de réduire ces risques. Les autorités peuvent également mandater des organismes privés ou apporter leur soutien à de tels organismes. Les organismes privés peuvent d'eux-mêmes prendre l'initiative de telles mesures.

Dans tous les cas, le monitoring doit s'inscrire dans les conditions cadres suivantes:

Les organismes qui veulent analyser les comprimés d'ecstasy doivent être au bénéfice d'une autorisation. A notre avis, une autorisation cantonale selon l'art. 14, al. 2 ou 14a LStup est suffisante. L'acquisition de comprimés d'ecstasy sur place (par ex. lors de soirées techno) est licite à la condition que l'OFSP ait donné son autorisation. A notre avis, l'OFSP peut également autoriser l'acquisition à titre onéreux. Selon les circonstances, l'acquisition de comprimés sans autorisation expresse pourrait également être non punissable pour autant que les comprimés acquis soient destinés à des fins scientifiques dans un laboratoire autorisé.

Un test rapide effectué sur place n'entraîne pas la possession et est licite sans autorisation.

La Confédération, les cantons et les privés peuvent informer sur les risques liés à la consommation d'ecstasy ainsi que sur les modes de consommation propres à réduire ces risques s'ils respectent les conditions suivantes:

Le simple fait d'informer de manière neutre et fidèle à la réalité sur les risques ou sur la composition (types et quantités des principes actifs) ainsi que sur les effets des différents produits ne pose aucun problème. L'information sur les modes de consommation propres à réduire les risques ou sur les différences de risques selon les produits pourrait constituer une instigation à la consommation de stupéfiants ou une complicité de commerce et être donc répréhensible si l'information a pour effet que des personnes auparavant hésitantes se décident définitivement à consommer et que ce résultat est recherché par volonté ou par consentement.

Pour éviter ce piège, l'information doit avoir pour dominante l'abstinence. Elle ne doit en aucun cas donner à croire que la consommation d'ecstasy est non punissable ou inoffensive dans certaines conditions.

Même les informations qui pourraient malgré tout paraître problématiques à la lumière des principes évoqués ci-dessus sont justifiées dans la mesure où elles servent à limiter la mise en danger immédiate de la santé et qu'elles contribuent ainsi à réduire globalement le risque lié à la consommation de stupéfiants.

La responsabilité civile ou pénale des organismes et des personnes participant au monitoring peut être mise en cause:

- si les informateurs, par légèreté ou sciemment, n'informent pas de manière complète et véridique sur les risques liés à la consommation d'ecstasy, notamment en occultant certaines données, et que, sur la base de cette information, une personne consomme de l'ecstasy et soit victime d'un accident;
- si les informateurs entrent en contact physique avec les comprimés d'ecstasy et qu'ils ne les séquestrent pas alors qu'il s'agit de comprimés particulièrement dangereux et qu'ils doivent s'attendre à ce que le porteur ait l'intention de les remettre à des tiers ou de les consommer lui-même, n'étant plus capable de discernement.

Au demeurant, la responsabilité financière ou pénale des personnes participant au monitoring n'est pas mise en cause si l'information est donnée en toute conscience et qu'elle met l'accent sur les risques et sur l'incertitude liée à l'évaluation de ces risques. Cette information doit clairement donner à entendre au consommateur que, s'il consomme de l'ecstasy, il prend un risque qui ne peut pas être évalué de manière précise.

La Confédération, par l'entremise de l'Office fédéral de la santé publique, peut prendre en charge la planification et la coordination d'un monitoring d'envergure nationale comprenant à la fois la collecte et l'analyse des comprimés ainsi que la diffusion d'informations sur les risques encourus. La Confédération peut mettre ses services à disposition des cantons. Elle ne peut toutefois pas contraindre les cantons récalcitrants à participer au monitoring.

La Confédération peut soutenir les organismes privés qui, de leur propre initiative, mettent en place un monitoring conformément au cadre évoqué plus haut. Afin d'éviter toute ambiguïté, les autorités seraient bien avisées de promulguer des directives officielles impératives pour toutes les personnes participant au monitoring. Ces directives devraient notamment préciser les formes et les contenus de l'information ainsi que les comportements à adopter face aux consommateurs potentiels et aux trafiquants présumés.

Münsingen, 21 février 1997

H. Seiler

Bibliographie

- Albrecht Peter. Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht. Bern 1995.
- Dubs Hans. Kann im Strafrecht auf das Kriterium der Adäquanz des Kausalzusammenhangs verzichtet werden? Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht 1996, S. 23-31.
- Fahrenkrug Hermann et al. Illegale Drogen in der Schweiz 1990-1993. Seismo, Zürich. 1995.
- Huber Christian. Die gesetzliche Grundlage einer kontrollierten Heroinabgabe. SJZ 88/1992, S. 47-49.
- Gross Jost. Schweizerisches Staatshaftungsrecht. Stand und Entwicklungstendenzen. Bern 1995.
- Huber Christian. Gesetzesauslegung am Beispiel des Betäubungsmittelgesetzes. SJZ 89/1993, S. 169-179.
- Hug-Beeli Gustav. Handbuch der Drogenpolitik. Tatsachen, Meinungen, Analysen, Lösungsvorschläge. Bern 1995.
- Klingemann Harald. Therapie und Betreuung. In: Fahrenkrug (1995) S. 91-137.
- Müller Peter. Die Drogenpolitik des Bundes. Schlüsselfragen und Richtpunkte erörtert am Beispiel des Postulats der Straflosigkeit des Drogenkonsums. Recht 1996 S. 63-70.
- Müller Richard/Fahrenkrug Hermann. Prävention und Drogenhilfe. In: Fahrenkrug (1995) S. 55-90.
- Noll Peter/Trechsel Stefan. Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. A. Zürich 1990.
- Nützi Patrick. Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information. Diss. Bern 1995.
- Richli Paul. Öffentlichrechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln. ZSR 109/1990 I S. 151-172.
- Schubarth Martin. Kommentar zum Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Bd., Bern 1990.
- Schultz Hans. Die Rechtsstellung der Fixerräume. Ein Gutachten. Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht 106/1989 S. 276-302.
- Schütz Alfred. Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975. Diss. Zürich 1980.
- Seiler Hansjörg. Risikobasierte Gesetzgebung (Arbeitstitel). In Vorbereitung.
- Stark Emil, Berner Kommentar zum ZGB, 2. A., Bern 1984.
- Stratenwerth Günther/Wehrle Stefan. Sterile Spritzen für Drogenabhängige? Eine strafrechtliche Stellungnahme. In: Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz (Hrsg.). Recht gegen Aids. Bern 1987, S. 149-152.