Urteilskopf

125 I 474

44. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 1er octobre 1999 dans la cause MediService SA contre Conseil d'Etat du canton de Vaud (recours de droit public)
Regeste (de):
Art. 88 OG; Art. 2 ÜbBest. BV; Art. 2 BGBM und Art. 3 BGBM; Handel mit Medikamenten via Postversand.

Örtlicher Geltungsbereich eines kantonalen Polizeigesetzes; Legitimation eines Betroffenen mit Sitz ausserhalb des Kantons zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen solchen Erlass (E. 1d).

Abstrakte Normenkontrolle unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 ÜbBest. BV; Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes auf ein am 28. Januar 1998 angenommenes Reglement des waadtländischen Regierungsrates, das den regelmässigen Versand von Medikamenten durch Apotheken untersagt (E. 2).

Überprüfung der Verhältnismässigkeit nach Massgabe des Binnenmarktgesetzes (E. 3).

Arten des Medikamentenverkaufs mittels Postversand und dabei zu beachtende Sicherheitsanforderungen (E. 4a). Im vorliegenden Fall verletzt das angefochtene Reglement, das einer Apotheke mit Sitz im Kanton Solothurn den regelmässigen Postversand von Medikamenten in den Kanton Waadt verbietet, mit Blick auf die ihr seitens des Kantons Solothurn vorgeschriebenen Sicherheitsanforderungen das in Art. 2 BGBM garantierte Recht auf freien Marktzutritt (E. 4b-f).

Regeste (fr):
Art. 88 OJ, art. 2 Disp. trans. Cst., art. 2 LMI et art. 3 LMI, vente de médicaments par correspondance.

Champ d'application territorial d'une loi cantonale de police; qualité d'une personne domiciliée hors canton pour recourir contre un tel acte (consid. 1d).

Contrôle abstrait des normes fondé sur l'art. 2 Disp. trans. Cst.; application de la loi fédérale sur le marché intérieur à un règlement cantonal, adopté le 28 janvier 1998, interdisant l'envoi postal régulier de médicaments par des pharmacies (consid. 2).

Examen du principe de la proportionnalité dans le cadre de la loi fédérale sur le marché intérieur (consid. 3).

Types de ventes de médicaments en interaction avec la poste et conditions de sécurité à respecter en la matière (consid. 4a). En l'espèce, le règlement vaudois interdisant à une pharmacie établie dans le canton de Soleure d'envoyer régulièrement des médicaments par la poste dans le canton de Vaud viole, au vu des conditions de sécurité imposées à cette pharmacie par le canton de Soleure, la liberté d'accès au marché garantie par l'art. 2 LMI (consid. 4b-f).

Regesto (it):
Art. 88 OG, art. 2 Disp. trans. Cost., art. 2 LMMI e art. 3 LMI, vendita di medicamenti per corrispondenza.

Campo di applicazione territoriale di una legge cantonale di polizia; legittimazione ricorsuale di una persona domiciliata fuori Cantone ad impugnare un tale atto normativo (consid. 1d).

Controllo astratto delle norme in base all'art. 2 Disp. trans. Cost.; applicazione della legge federale sul mercato interno nei confronti di un regolamento cantonale, adottato il 28 gennaio 1998, che vieta alle farmacie l'invio

postale regolare di medicamenti (consid. 2).

Esame del principio della proporzionalità nell'ambito della legge federale sul mercato interno (consid. 3).

Modalità di vendita dei medicamenti tramite la posta e requisiti di sicurezza da adempiere in tale ambito (consid. 4a). Nella fattispecie, il regolamento vodese che vieta a una farmacia stabilita nel Canton Soletta di spedire regolarmente dei medicamenti tramite la posta nel Canton Vaud viola, visti i requisiti di sicurezza imposti dal Canton Soletta a questa farmacia, la libertà di accesso al mercato garantita dall'art. 2 LMI (consid. 4b-f).

Sachverhalt ab Seite 475

BGE 125 I 474 S. 475

A.- La société MediService SA (ci-après: MediService), dont le siège social est à Zuchwil (Soleure), a été inscrite au Registre du commerce le 13 février 1997. Son but social est la vente de médicaments par la poste et/ou par des entreprises de transports privées ainsi que, à ces fins, les achats, les dispensations de médicaments, les livraisons, l'élaboration des données, l'exécution des prestations, l'établissement de listes et une surveillance de la consommation des médicaments (présente, rétrospective, future).

BGE 125 I 474 S. 476

Le 28 février 1997, MediService a requis du pharmacien cantonal du canton de Soleure l'autorisation d'exploiter une pharmacie traditionnelle ainsi qu'un service d'envoi postal de médicaments, appelé "Direktserviceapotheke". En annexe, elle déposait un document décrivant comme suit ce système: Seuls les médicaments figurant sur une ordonnance sont livrés par poste. A leur arrivée, les commandes accompagnées de l'ordonnance médicale sont triées, introduites dans un ordinateur et contrôlées sous l'angle d'éventuelles incompatibilités entre médicaments. En cas de problème, le pharmacien contacte le médecin ou le client. Lors de l'enregistrement de la commande, l'ordinateur imprime simultanément le bon de livraison ou de préparation, la fiche pharmaceutique personnelle du client ainsi que l'étiquette de dosage. La commande prête pour expédition, assortie de la fiche précitée actualisée ainsi que d'une plaquette d'informations pour les médicaments les plus courants, est à nouveau contrôlée, puis scellée et visée par un pharmacien. Les médicaments sont ensuite emballés de manière neutre et munis de l'adresse du destinataire, les produits sensibles étant placés dans des éléments réfrigérants. Les colis sont relevés par la poste deux fois par jour. Celle-ci s'est du reste engagée par convention particulière à, notamment, distribuer les colis à domicile contre signature du destinataire, lequel peut, en cas d'absence, obtenir une seconde livraison. MediService propose en outre un service client disposant des données les plus importantes afin d'offrir un conseil compétent par téléphone. MediService assume la responsabilité de la préparation de la commande sur la base de l'ordonnance, et garantit notamment qu'aucun colis ne soit expédié sans le contrôle et le visa d'un pharmacien. C'est ensuite la poste qui est responsable du transport et de la livraison. Le 26 mars 1997, MediService a obtenu, ainsi qu'Andreas Maritz, titulaire d'un diplôme fédéral de pharmacien, l'autorisation d'exploiter une pharmacie officielle à Zuchwil. Ce document autorise l'intéressée à vendre des médicaments dans son officine, ainsi qu'à les livrer par la poste, à condition qu'ils ne soient pas livrés dans des cantons où l'envoi de médicaments est interdit (ch. 4.3), qu'ils soient prescrits par ordonnance médicale (ch. 4.4) et que le concept de sécurité et de qualité présenté le 28 février 1997 soit impérativement respecté (ch. 4.5). Dès avril 1997, MediService a commencé à exploiter simultanément une pharmacie traditionnelle à Zuchwil et

un service d'envoi postal de médicaments à destination d'autres cantons, dont le canton de Vaud.

BGE 125 I 474 S. 477

Le 28 janvier 1998, le Conseil d'Etat du canton de Vaud a adopté le Règlement sur la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments (ci-après: le Règlement), en application des art. 3 et 175 de la loi cantonale du 29 mai 1985 sur la santé publique. Le Règlement, dont l'art. 6 précisait qu'il entrait immédiatement en vigueur, a été publié dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud le 3 février 1998 dans la teneur suivante: "Art. 1er: Le présent règlement a pour objet la vente par correspondance et l'envoi postal de médicaments par les pharmacies et drogueries. Art. 2: Par vente par correspondance on entend l'envoi préalable au client potentiel d'un catalogue, prix-courant ou autre offre lui proposant de passer une commande. Par envoi postal on entend l'envoi de médicaments au client qui a envoyé de lui-même une commande ou une ordonnance au fournisseur. Art. 3: La vente par correspondance de médicaments est interdite. Art. 4: L'envoi postal de médicaments par les pharmacies et les drogueries et la livraison par porteur sont autorisés dans des cas particuliers justifiés, comme l'absence du domicile ou l'impossibilité du patient à se déplacer. Les médicaments doivent être emballés séparément pour chaque destinataire et porter son nom et son adresse." Par lettre du 17 février 1998, le pharmacien cantonal du canton de Vaud a informé MediService que le Règlement s'opposait à un approvisionnement régulier de patients en médicaments par la poste, de sorte qu'il convenait qu'elle mette un terme à ses activités dans le canton.

B.- Agissant le 2 mars 1998 par la voie du recours de droit public, MediService a demandé au Tribunal fédéral d'annuler le Règlement précité, soutenant en bref que son système d'envoi postal offrait une dispensation de médicaments répondant, à moindres coûts, aux conditions de sécurité et de qualité exigées par la santé publique. Le Tribunal fédéral a admis partiellement le recours dans le sens des considérants, dans la mesure où il était recevable, à savoir en tant qu'il concernait uniquement la partie de l'art. 4 du Règlement traitant de l'envoi postal de médicaments par des pharmacies.

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. d) Lorsque le recours est dirigé, comme en l'occurrence, contre un arrêté de portée générale, la qualité pour recourir, au sens de l'art. 88 OJ, est reconnue à toute personne dont les intérêts juridiquement

BGE 125 I 474 S. 478

protégés sont effectivement touchés par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour (ATF 125 II 440 consid. 1c p. 442; ATF 125 I 173 consid. 1b p. 174 et la jurisprudence citée). aa) En l'espèce, la recourante a son siège et exploite une pharmacie traditionnelle dans le canton de Soleure exclusivement, de sorte que la seule législation cantonale applicable à cette activité est celle de ce canton. S'agissant de l'envoi postal de médicaments, les fonctions de réception des commandes, de contrôle, d'étiquetage, d'emballage, d'expédition et de service de conseil téléphonique sont également toutes exécutées dans le canton de Soleure. Le seul point de rattachement de cette activité avec les autres cantons, dont Vaud, est le domicile des destinataires des envois. Dans ces circonstances, dès lors que la recourante ne prétend pas avoir le dessein de s'établir un jour dans le canton de

Vaud, il faut examiner si le service d'envoi postal de médicaments qu'elle exploite est néanmoins soumis à la souveraineté de ce canton, partant, s'il heurte le Règlement litigieux, sans quoi elle n'aurait pas d'intérêt à l'annulation de cet arrêté au sens l'art. 88 OJ. Certes, l'autorisation qui lui a été délivrée par le canton de Soleure est subordonnée à la condition que les cantons de destination autorisent eux-mêmes cette activité (ch. 4.3), mais cette clause, qui ne fait pas l'objet du présent recours et qui est vraisemblablement entrée en force, relève exclusivement de la compétence du canton de Soleure et ne suffit pas à fonder la qualité pour recourir de la recourante. A supposer que l'activité d'envoi postal de médicaments exercée par la recourante ne soit pas soumise au Règlement litigieux, il lui appartiendrait, en vue de poursuivre ses expéditions dans le canton de Vaud, de solliciter des autorités du canton de Soleure la modification du ch. 4.3 de l'autorisation accordée. bb) Le Tribunal fédéral s'est déjà penché, à l'occasion de recours fondés sur la liberté du commerce et de l'industrie, sur la question de l'étendue du champ d'application territorial des lois cantonales de police. Selon la jurisprudence, les art. 3 et 5 Cst. contraignent les cantons à tenir compte de la souveraineté des autres membres de la Confédération en matière de police, de sorte que les prescriptions de police du commerce édictées par les cantons conformément à l'art. 31 al. 2 Cst. ne valent que dans les limites du territoire cantonal (ATF 87 I 451 consid. 5 p. 454; ATF 53 I 204 consid. 2 p. 210). Ces prescriptions peuvent viser uniquement les activités industrielles ou commerciales qui sont en rapport avec le territoire cantonal de manière importante, soit parce qu'elles sont exercées dans les limites du

territoire lui-même, soit parce que leurs résultats adviennent sur le territoire cantonal et peuvent être soumis à la réglementation de police (ATF ATF 95 I 422 consid. 6 p. 426; ATF 87 I 451 consid. 5 p. 454 ss; ATF 65 I 85 consid. 2 p. 87; voir aussi ATF 102 Ia 201 consid. 3 p. 205, BLAISE KNAPP, Commentaire de la Constitution fédérale, 1986, nos 29 ss ad art. 5, et HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Bâle 1976, no 167 p. 97/98). En particulier, le Tribunal fédéral a considéré qu'un vendeur n'exerce pas son activité seulement au lieu d'où il expédie la marchandise par poste, chemin de fer ou d'autres moyens de transport, mais là aussi où la marchandise parvient à l'acheteur, si bien qu'un canton est habilité à soumettre à son autorisation le commerce en gros des médicaments, exercé par une société établie hors du canton, car la vente aux détaillants est une activité subordonnée à la loi du territoire (ATF 95 I 422 consid. 6 p. 426; ATF 54 I 25 consid. 2 p. 30). Le Tribunal fédéral a également constaté qu'un pharmacien installé hors du canton mais fournissant un dépôt de pharmacie sis dans le canton exerçait sa profession sur le territoire cantonal et était subordonné pour cette activité à la souveraineté du canton, de sorte que le canton pouvait le soumettre à son autorisation (ATF 91 I 457 consid. 3b p. 465). De même, le vendeur de bétail qui livre à un acheteur sis dans un autre canton accomplit sur le territoire de celui-ci l'une des opérations constituant l'exécution du contrat, partant, est soumis pour cette vente à la souveraineté de ce canton. En revanche, si la vente a été conclue et la marchandise livrée à l'acheteur dans le canton du vendeur, le canton où cette marchandise a été expédiée par l'acheteur lui-même ne peut étendre sa souveraineté sur cette vente (ATF 53 I 204 consid. 2 p. 210). cc) En l'espèce, comme on l'a vu, la recourante envoie depuis le canton de Soleure des médicaments à des acheteurs domiciliés dans le canton de Vaud, de sorte que, selon la jurisprudence précitée, cette activité est soumise à la souveraineté du canton de Vaud. Peu importe à cet égard que le canton de Vaud ne s'en prenne qu'au mode de dispensation - par correspondance - des médicaments et ne soutienne pas que la vente de certains médicaments distribués par la recourante serait, en tant que telle, interdite sur son territoire ou subordonnée à des conditions plus sévères en matière d'ordonnance, ni que la recourante ne pourrait bénéficier d'une autorisation de pratiquer la pharmacie sur son territoire. dd) L'activité d'envoi postal de médicaments exercée par la recourante dans le canton de Vaud étant régie par le Règlement litigieux,

la recourante a la qualité pour agir par la voie du recours de droit public.

2. La recourante soutient que la disposition litigieuse viole l'art. 2 Disp. trans. Cst. en étant contraire à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), soit aux art. 2 et 3 LMI. a) En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 Disp. trans. Cst.), les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les domaines exhaustivement réglementés par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit qui ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qui n'en compromettent pas la réalisation (ATF 125 II 56 consid. 2b p. 58, 315 consid. 2a p. 316; ATF 124 I 107 consid. 2a p. 109; ATF 123 I 313 consid. 2b p. 316). Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes fondé sur l'art. 2 Disp. trans. Cst., le Tribunal fédéral examine librement la conformité de la règle de droit cantonal avec le droit fédéral (ATF 125 II 440 consid. 1d p. 443; ATF 123 I 313 consid. 2b p. 317; ATF 122 I 18 consid. 2b/aa p. 20 et les références citées); toutefois, il n'annule la disposition cantonale en cause que si elle n'est pas susceptible d'une interprétation conforme au droit fédéral (ATF 125 II 440 consid. 1d p. 443; ATF 123 I 313 consid. 2b p. 317; ATF 122 I 343 consid. 3a p. 345 et les références citées). b) L'arrêté attaqué du 28 janvier 1998 a été adopté avant l'échéance du délai d'adaptation de deux ans prévu à l'art. 11 al. 1 LMI, soit le 1er juillet 1998, mais après l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1996, de ladite loi, de sorte que les dispositions matérielles de celle-ci sont applicables en l'espèce (cf. ATF 123 I 313 consid. 3 p. 318/319; voir aussi THOMAS COTTIER/BENOÎT MERKT, La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique, in Etudes Aubert, Bâle 1996, p. 449 ss, spéc. p. 464).
c) La loi sur le marché intérieur garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Par activité lucrative au sens de ladite loi, on entend toute activité ayant pour but un gain et bénéficiant de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 1 al. 3 LMI). Ainsi, selon l'art. 2 al. 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement.

Des restrictions à ce principe ne sont licites que si elles remplissent les conditions cumulatives de l'art. 3 LMI. D'après cette disposition, la liberté d'accès au marché d'offreurs externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (lettre a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (lettre b) et répondent au principe de la proportionnalité (lettre c). Par intérêts publics prépondérants, on entend en particulier la protection de la vie et de la santé de l'être humain (art. 3 al. 2 lettre a LMI). Les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque (art. 3 al. 3 LMI) la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance (lettre a), il est tenu compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance (lettre b), le siège ou l'établissement au lieu de destination ne constitue pas une condition pour pouvoir y exercer une activité lucrative (lettre c). Enfin, selon l'art. 3 al. 4 LMI, les restrictions visées au 1er alinéa ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux. d) En l'espèce, l'art. 4 du Règlement, qui n'autorise l'envoi postal de médicaments que dans des cas particuliers, équivaut en fait à interdire l'envoi postal régulier de médicaments tel que l'exerce la recourante. Or, cette activité tombe dans le domaine d'application de la loi sur le marché intérieur (cf. art. 1 al. 1 et 3 LMI), dès lors que la liberté du commerce et de l'industrie protège en particulier la fabrication et la vente des médicaments, ainsi que l'activité du pharmacien qui exerce une profession libérale (ATF 118 Ia 175

consid. 1 p. 176; 111 Ia 184 consid. 2a p. 186 et la jurisprudence citée). De plus, cette activité est licite dans le canton de Soleure où la recourante a son siège - aux conditions posées par l'autorisation octroyée - si bien que la recourante a en principe le droit d'offrir ses services sur tout le territoire suisse, soit en particulier dans le canton de Vaud. En conséquence, la restriction à la liberté d'accès au marché du canton de Vaud que constitue l'art. 4 du Règlement attaqué ne peut être admise qu'aux conditions de l'art. 3 LMI. A cet égard, il n'est pas contesté que le Règlement attaqué répond à un intérêt public important expressément mentionné à l'art. 3 al. 2 lettre a LMI, soit la protection de la vie et de la santé de l'être humain. Encore faut-il toutefois que la restriction litigieuse soit nécessaire et respecte le principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 al. 3 LMI.

BGE 125 I 474 S. 482

3. Selon la jurisprudence relative aux libertés fondamentales, en particulier à la liberté du commerce et de l'industrie, le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 209 consid. 10d/aa p. 223; ATF 123 I 112 consid. 4e p. 121; ATF 122 I 236 consid. 4e/bb p. 246). Lorsque le principe de la proportionnalité est appliqué dans le cadre de la loi sur le marché intérieur, il doit être apprécié plus spécifiquement au regard des buts poursuivis par cette loi, ainsi qu'ils sont expressément mentionnés à l'art. 1 al. 2 LMI. Selon cette disposition, la loi vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité de l'économie suisse et à renforcer la cohésion économique de la Suisse. La liberté d'accès au marché, telle qu'elle ressort de cette loi, a ainsi une portée constitutive positive. En conséquence pèsent du même côté de la balance des intérêts, tant le droit individuel à la liberté d'accès au marché que la garantie institutionnelle d'un marché intérieur unique. Du reste, dans son Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (FF 1995 I 1193 ss, spéc. p. 1246, voir aussi p. 1199/1200), le Conseil fédéral a précisé que, "dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient d'attribuer à l'idée du marché intérieur au moins autant de valeur qu'au principe du fédéralisme, largement privilégié jusqu'ici". Autrement dit, pour que la loi sur le marché intérieur puisse atteindre ses buts, le principe de la proportionnalité doit être appliqué strictement aux restrictions posées par un canton à l'égard d'offreurs externes respectant les réglementations en vigueur dans leur propre canton (VINCENT MARTENET/CHRISTOPHE RAPIN, Le marché intérieur suisse, Berne 1999, p. 27/28; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, no 60 p. 159; KILIAN WUNDER, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, thèse Bâle 1998, p. 158/159; FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2e éd., Berne 1997, p. 15).

BGE 125 I 474 S. 483

Selon l'art. 3 al. 3 lettre a LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché répondent au principe de la proportionnalité notamment lorsque la protection recherchée ne peut pas être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance. Cette exigence est fondée sur le principe dit "Cassis-de-Dijon", tiré de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui constitue l'un des fondements essentiels de la loi sur le marché intérieur. Selon ce principe, l'autorisation de commercialisation de marchandises, de services et d'autres activités lucratives doit être régie par les prescriptions en vigueur au lieu de provenance. Adapté à cette occasion au cadre juridique suisse, il établit la présomption que les conditions d'autorisation cantonales pour l'exercice de certaines activités lucratives bénéficiant de la protection de la liberté du commer-

ce et de l'industrie sont équivalentes, de sorte que la personne qui a obtenu l'autorisation d'exercer une activité dans un canton peut la pratiquer dans tous les cantons, à moins qu'il ne soit démontré, dans un cas particulier, que la présomption n'est pas exacte, d'éventuels intérêts publics prépondérants demeurant en principe réservés (MESSAGE, op.cit. p. 1194, 1236 et 1243). En conséquence, l'offreur externe dont la liberté d'accès au marché est restreinte n'a pas à démontrer que la réglementation qui s'oppose à son activité économique dans le lieu de destination viole le principe de la proportionnalité. C'est au canton de destination qu'il appartient d'établir que la norme en vigueur au lieu de provenance ne permet pas d'atteindre le degré de protection recherché (WUNDER, op.cit. p. 159). Encore doit-on préciser que la loi sur le marché intérieur n'exige pas que des restrictions identiques s'appliquent sur tout le territoire suisse, mais tend uniquement à la suppression, dans la mesure nécessaire, des obstacles de droit public à la concurrence entre les cantons (cf. MESSAGE, op.cit. p. 1260; WUNDER, op.cit. p. 158).

4. a) aa) Selon l'art. 29 du règlement d'exécution du 25 mai 1972 de la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments du 3 juin 1971 (CICM; RS 812.101), à laquelle tous les cantons ont adhéré, l'Office intercantonal du contrôle des médicaments classe les substances médicamenteuses selon les modes de vente suivants: A (vente dans les pharmacies sur ordonnance médicale à ne pas renouveler sans l'autorisation du médecin); B (vente dans les pharmacies sur ordonnance médicale renouvelable par le pharmacien); C (vente dans les pharmacies sans ordonnance médicale); D (vente dans les pharmacies et drogueries) et E (vente libre dans tous les commerces).

Par ailleurs, il existe plusieurs systèmes de vente de médicaments en interaction avec la poste (cf. Message du Conseil fédéral du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux [loi sur les produits thérapeutiques; LPT; FF 1999 3151], ad art. 27 p. 3209; Recommandation de la Commission de la concurrence du 7 décembre 1998 aux cantons concernant l'autorisation de la vente par correspondance de médicaments [ci-après: Recommandation de la Commission de la concurrence], nos 5 ss p. 3; Rapport du 22 avril 1998 du groupe de travail ad hoc "vente par correspondance" de la Commission spéciale des cantons, Office intercantonal de contrôle des médicaments [ci-après: Rapport OICM], p. 7 ss). Il s'agit notamment de la vente de médicaments par correspondance proprement dite (Versandhandel), qui tend à susciter une commande chez le client potentiel par catalogue, prospectus, annonce, liste de prix ou autres offres de ce type. On distingue ensuite la livraison subséquente de médicaments (Nachversand), soit l'envoi postal de médicaments au client qui, après avoir bénéficié d'un conseil professionnel, passe de lui-même une commande à la pharmacie. Ce système ne constitue pas l'activité principale du pharmacien, mais un service d'appoint usuel et nécessaire dans des cas d'espèce, par exemple en cas de rupture de stock ou lorsque le client séjourne momentanément hors de son domicile ou ne peut se déplacer. Enfin, "l'envoi direct" de médicaments par poste (Direktversand) consiste en la vente de médicaments commandés spontanément par le client, avec ou sans ordonnance, type de commerce que le Conseil fédéral inclut dans la vente par correspondance (MESSAGE, loc.cit.). Les conditions auxquelles peut être subordonnée la vente de médicaments en interaction avec la poste dépendent à la fois du type de substance médicamenteuse vendue et du système de vente en cause. Par exemple, l'envoi régulier de préparations E serait prima facie admissible sans exigence particulière, car ces produits ne nécessitent pas la surveillance ou le conseil de spécialistes, si bien qu'ils peuvent être traités comme des marchandises ordinaires (cf. MESSAGE, ad art. 23 al. 2 p. 3206 et ad art. 27 al. 1 p. 3209; Rapport OICM, p. 8). En revanche, les substances des listes C et D, disponibles sans ordonnance, pourraient difficilement être vendues par correspondance, car il n'est pas concevable que la clientèle puisse accéder à de tels produits sans un contrôle suffisant de la consommation (Rapport OICM, p. 9). bb) En l'espèce, l'autorisation délivrée par le canton de Soleure le 26 mars 1997 réserve le service d'envoi postal aux seuls médicaments

prescrits par ordonnance médicale, sans égard à leur classification. Autrement dit, toutes les substances médicamenteuses précitées (y compris celles des listes C, D et E) peuvent être expédiées à domicile, à condition toutefois qu'elles soient prescrites par un médecin. b) La réglementation litigieuse met en jeu, d'un côté, l'intérêt privé de la recourante à exercer son activité d'envoi direct de médicaments dans le canton de Vaud et, comme on l'a vu, l'intérêt public à la réalisation d'un marché intérieur unique. De l'autre côté est en cause l'intérêt public à la protection de la vie et de la santé de l'être humain. Il faut encore tenir compte de l'intérêt public à lutter contre les coûts de la santé, étant rappelé que celui-ci cède le pas devant l'intérêt public à la protection de la vie et de la santé de l'être humain (ATF 123 I 201; ATF 111 Ia 184 consid. 2b p. 186; ATF 110 Ia 99 consid. 5d p. 105). S'agissant de la vente de médicaments en interaction avec la poste, la sauvegarde de la santé publique doit être examinée sous trois aspects. En premier lieu, la sécurité des produits doit être garantie. Ainsi, les préparations doivent être effectuées correctement, les médicaments doivent échapper à tout dommage pendant le transport (pas d'écoulement, de vol, de brisure, de contamination ni d'influences préjudiciables telles que la chaleur, le froid, la lumière, l'humidité, etc.) et être livrés au bon destinataire (pas de remise à un enfant par exemple). Puis, la protection du patient doit également être assurée. En particulier, le mode de vente doit contribuer à lutter contre la consommation excessive ou abusive de médicaments, notamment par un accès limité et une restriction de la publicité (ATF 123 I 201 consid. 4 p. 205; ATF 99 Ia 370 consid. 4a p. 376); il doit empêcher que des erreurs quant aux médicaments dispensés ou quant aux dosages résultent d'un déficit en conseil ou surveillance. Troisièmement, le système de dispensation doit permettre un approvisionnement médicamenteux sûr, de proximité, réparti de manière raisonnable sur le plan géographique et accessible à l'ensemble de la population, notamment dans les endroits retirés où l'ouverture d'une pharmacie traditionnelle n'est pas rentable (ATF 119 Ia 433 consid. 4 p. 439 ss; 118 Ia 175; ATF 99 Ia 370 consid. 4a p. 376/377; voir aussi Recommandation de la Commission de la concurrence nos 23 ss p. 7 à 11). c) aa) En l'espèce, la recourante soutient que le canton de Vaud ne démontre pas que la protection recherchée de la vie et de la santé de l'être humain ne peut être obtenue par les prescriptions et restrictions qui lui ont été imposées par le canton de Soleure, si bien qu'une interdiction quasi absolue de l'envoi postal de médicaments

tel qu'il le conçoit est disproportionnée. Elle allègue à cet égard ce qui suit: En premier lieu, la protection du client est assurée du fait que seuls les médicaments prescrits par ordonnance médicale sont expédiés. Les tâches de surveillance dévolues aux pharmacies sont également respectées, dès lors que toutes les ordonnances, introduites dans l'ordinateur, sont vérifiées par un pharmacien non seulement sous l'angle des éventuelles interactions, mais aussi des quantités et du dosage. La mission de renseignement et de conseil est de même remplie grâce aux plaquettes d'informations et, surtout, à une ligne téléphonique ouverte 24 heures sur 24. Un questionnaire de santé, qui peut être rempli volontairement par le patient et qui l'est d'ailleurs à 95%, permet au pharmacien en ligne de conseiller et d'informer le patient d'une manière fiable et efficace, tout comme la fiche pharmaceutique personnelle actualisée indiquant l'ensemble des médicaments livrés et à livrer, les coordonnées du médecin, la date de la livraison et le dosage. Enfin, le système est avant tout destiné aux patients qui ont régulièrement besoin de médicaments et qui connaissent bien tant leur maladie que le mode de prise de ceux-ci, tels que les patients chroniques. Du reste, la majorité des clients de la recourante sont des personnes de moins de 65 ans exerçant une activité lucrative. Puis, les risques inhérents à l'expédition postale ont été éliminés de manière suffisante dans la mesure où, notamment, la poste s'est engagée à livrer les envois le jour ouvrable suivant la remise du paquet, cela dans toute la Suisse, les envois devant être délivrés le samedi étant adressés en express. Par ailleurs, le système accède aux lieux les plus éloignés, où l'exploitation d'une officine traditionnelle ne serait pas rentable. Enfin, il contribue, et c'est son objectif, à lutter contre l'explosion des coûts

de la maladie. bb) Quant à elle, l'autorité intimée soutient que l'interdiction de l'envoi postal de médicaments est proportionnée à la sauvegarde de la santé publique. Elle avance à ce propos les arguments suivants: Seuls un contact visuel et un dialogue direct entre le pharmacien et le patient permettent au pharmacien d'accomplir au mieux ses tâches de contrôle, d'information et de conseil. En effet, certains clients ont du mal à s'exprimer par téléphone, en particulier les étrangers ou les personnes âgées. Le pharmacien a également de la peine à constater par téléphone si le client a bien compris les informations données, et à remarquer si, par exemple, l'état de santé du patient nécessite d'autres mesures. Surtout, il est plus difficile de surveiller

et de motiver les patients par le biais d'un téléphone impersonnel, alors que ce sont justement les patients chroniques, dont la thérapie est souvent associée à un changement durable de mode de vie ou à un régime, qui doivent être constamment contrôlés et stimulés. Du reste, s'il est vrai que certains patients chroniques disposent d'une faculté d'autonomie et de responsabilisation suffisante, il est difficile de distinguer par téléphone ces personnes de celles qui nécessitent une aide particulière, de sorte que la protection des personnes les plus vulnérables n'est pas assurée par un contact téléphonique. Par ailleurs, les patients, surtout les personnes âgées, sont souvent soumis à plusieurs médications, les unes concernant une maladie chronique ou de longue durée, les autres portant sur des cas aigus ou exceptionnels. Ils doivent par conséquent gérer deux sources d'approvisionnement, l'une auprès du service d'envoi postal, l'autre auprès de la pharmacie de proximité, ce qui peut non seulement entraîner des confusions dans la prise de médicaments mais également porter préjudice aux malades incapables de distinguer les cas dans lesquels ils doivent renoncer à l'envoi postal et se rendre dans une officine traditionnelle.
Puis, l'envoi postal ne peut répondre à une demande urgente et comporte des risques de retard ou d'erreur. De plus, il n'est pas certain que le système préconisé par la recourante permette de réduire les coûts de la santé. Enfin, admettre ce système dans son principe conduirait probablement à la prolifération de sociétés analogues à la recourante, ce qui menacerait la survie économique de nombreuses officines et amincirait le réseau des pharmacies, partant, affaiblirait la sûreté de l'approvisionnement en médicaments. d) Il résulte de ce qui précède que l'admissibilité du système d'envoi postal de médicaments mis sur pied par la recourante donne lieu à une controverse serrée. Du reste, ce sujet fait l'objet de vifs débats à l'occasion, en particulier, de l'élaboration de la loi fédérale sur les produits thérapeutiques, destinée à remplacer la Convention intercantonale sur le contrôle des médicaments. Le Conseil fédéral a présenté à l'Assemblée fédérale à ce propos un art. 27 libellé dans les termes suivants: "Vente par correspondance de médicaments:
1. La vente par correspondance de médicaments prêts à l'emploi est interdite. 2. Le Conseil fédéral peut toutefois autoriser la vente par
correspondance d'un médicament prêt à l'emploi:

a. qui fait l'objet d'une ordonnance médicale;
b. si aucune exigence en matière de sécurité ne s'y oppose;
c. si les conseils sont fournis dans les règles de l'art;
d. si une surveillance médicale suffisante de l'action du médicament est garantie." La solution adoptée par le canton de Vaud, qui interdit l'envoi régulier de médicaments, peu important à cet égard que la commande soit accompagnée ou non d'une ordonnance, est donc encore plus rigoureuse que celle de l'art. 27 al. 2 du projet de la loi sur les produits thérapeutiques. Toutefois, il ne s'agit que d'une proposition du Conseil fédéral, qui

doit faire encore l'objet des débats de l'Assemblée fédérale dont on ne saurait préjuger l'issue, ni dans le sens d'un assouplissement, ni dans celui d'un durcissement. e) Force est de constater que les deux systèmes comportent des avantages et des inconvénients. aa) Sur le plan de la protection du patient, le système prôné par la recourante souffre de carences qui ne sont pas sans entraîner des risques. Notamment, il supprime le contact direct entre le pharmacien et la personne qui a besoin du médicament, ce qui implique certains dangers dans l'exercice d'une activité de conseil professionnel. Le contact direct ne peut être remplacé, sans perte, par un dialogue téléphonique, dès lors que celui-ci ne permet pas au pharmacien de saisir au mieux l'état de santé, le degré d'autonomie, la capacité de compréhension et l'aptitude à se responsabiliser du client. En conséquence, l'efficacité du contrôle, par le pharmacien, de la prise des médicaments par le client s'en trouve diminuée. De plus, le système présente un danger supplémentaire dans la mesure où il entraîne le plus souvent un dédoublement des sources d'approvisionnement pour le client, ce qui peut entraîner des confusions. D'un autre côté, la limitation de l'envoi postal aux seuls médicaments assortis d'une ordonnance constitue un gage de sécurité. En effet, l'ordonnance témoigne qu'un médecin a déjà effectué un contrôle, tant de l'adéquation que de la quantité et du dosage du médicament, ce qui permet d'éviter en particulier une consommation abusive ou erronée. De plus, les ordonnances sont systématiquement vérifiées par un pharmacien, au vu des données informatisées qu'il possède déjà sur le patient. Des erreurs peuvent certes se produire dans la préparation et la dispensation des produits, mais celles-ci peuvent également survenir dans une officine traditionnelle, qu'elles résultent d'inattentions ou d'une mauvaise lecture de

l'ordonnance, même si la présence du patient peut dans certains cas les parer. De plus, le contact direct ne doit pas être idéalisé. Les patients sont de moins en moins fidélisés à une pharmacie et tendent à s'approvisionner au hasard de leurs pérégrinations, de sorte que le pharmacien ou ses assistants n'ont plus guère de relations personnalisées avec ces clients. En outre, la recourante offre un conseil permanent par téléphone, alors que, dans le système traditionnel, les patients doivent s'adresser à la pharmacie de garde en dehors des heures d'ouverture, ce qui peut constituer un obstacle à leur démarche.
Enfin, il faut relever que les citoyens restent entièrement libres de continuer à s'adresser à une pharmacie traditionnelle et de bénéficier ainsi d'un contact direct et personnalisé, cas échéant de rester fidèles à une officine déterminée. Rien n'oblige les malades peu autonomes ou peu responsables de commander leurs médicaments par correspondance. bb) Du point de vue de la sécurité des produits et de la fiabilité de l'approvisionnement, le système d'envoi postal comporte également certains risques. Des erreurs peuvent survenir dans la préparation des envois, les paquets peuvent être endommagés, perdus, livrés avec retard ou aboutir en de mauvaises mains. Toutefois, les mesures prises à cet égard par la recourante paraissent suffisantes, même si elles ne suppriment pas tous les dangers. Du reste, une pharmacie traditionnelle n'est pas davantage infaillible, dès lors qu'elle peut tomber en rupture de stock et ne s'enquiert normalement pas de l'identité de ses clients. En outre, le système aménagé par la recourante permet à des personnes pouvant difficilement se déplacer ou résidant dans des endroits reculés d'obtenir plus aisément les médicaments et le conseil dont elles ont besoin. Par ailleurs, le risque que le réseau des pharmacies traditionnelles soit diminué au point de mettre en danger la santé publique paraît faible. cc) En conclusion, l'on ne saurait dire, sous l'angle de la loi sur le marché intérieur, que les risques entraînés par le procédé aménagé par la recourante doivent conduire à son interdiction, malgré ses avantages, dans la mesure où les deux systèmes peuvent coexister et se compléter, les patients étant libres de recourir à l'un et à l'autre selon leurs besoins. Certes, les motifs de santé publique parlant en faveur de l'exclusivité des pharmacies traditionnelles sont sérieux et ne peuvent être considérés comme un prétexte pour écarter du marché les pharmacies pratiquant la vente par correspondance. Toutefois, dans une application stricte du principe de la proportionnalité

au regard des buts visés par la loi sur le marché intérieur, le canton de Vaud n'a pas démontré que le niveau de protection de la vie et de la santé de l'être humain, garanti par les prescriptions applicables au lieu de provenance, à savoir par les conditions auxquelles le canton de Soleure a délivré à la recourante l'autorisation d'exercer l'activité d'envoi postal de médicaments, serait insuffisant. Par ailleurs, on ne peut davantage objecter que l'interdiction de l'envoi postal de médicaments correspondrait à un principe largement reconnu de santé publique. En effet, bon nombre de cantons n'ont pas édicté une telle restriction ou n'ont pas du tout réglementé ce domaine. Cela peut en partie s'expliquer par le fait que, jusqu'à présent, le besoin d'un tel mode de vente de médicaments n'existait pas. La situation a cependant changé, comme l'atteste la présente affaire. Du reste, ainsi qu'on l'a vu, la question de l'admissibilité de l'envoi postal de médicaments sera vraisemblablement bientôt réglementée sur le plan fédéral, soit par la loi fédérale sur les produits thérapeutiques. f) Ainsi, l'art. 4 du Règlement viole le droit de la recourante, garanti par l'art. 2 LMI, d'accéder librement au marché suisse, car, au vu des prescriptions et restrictions imposées à la recourante par le canton de Soleure, l'interdiction prévue n'est pas nécessaire à la préservation d'un intérêt public prépondérant et ne répond pas davantage au principe de la proportionnalité au sens de l'art. 3 LMI. En conséquence, la disposition en cause n'est pas conforme à l'art. 2 Disp. trans. Cst. Toutefois, une annulation formelle de la partie de l'art. 4 du Règlement afférente à l'envoi postal de médicaments par des pharmacies n'apparaît pas justifiée. D'une part, il est possible - mais cette question n'a pas à être examinée plus avant - que cette disposition reste conforme à la Constitution hors du champ d'application de la loi sur le marché intérieur, à savoir vis-à-vis des pharmacies établies dans le canton de Vaud (cf. ATF 125 I 276 consid. 4 p. 278 ss). D'autre part, elle pourrait également s'appliquer valablement aux pharmacies externes qui, cas échéant, exerceraient l'activité d'envoi postal de médicaments sans remplir les conditions nécessaires de sécurité. En conséquence, il convient de se limiter à constater que l'interdiction, prévue par l'art. 4 du Règlement, de l'envoi postal de médicaments par des pharmacies ne peut être opposée à la recourante, de sorte que celle-ci peut accéder librement au marché suisse en vertu de la loi sur le marché intérieur. Le recours doit donc être partiellement admis en ce sens.

Il n'y a pas lieu de procéder à un contrôle constitutionnel plus étendu, auquel la recourante n'a pas d'intérêt pratique. En particulier, la question de savoir si l'interdiction litigieuse respecte les autres dispositions de la loi sur le marché intérieur et se fonde sur une base légale suffisante peut rester indécise. De même, il est superflu d'examiner la conformité de l'art. 4 du Règlement aux art. 4 et 31 Cst., notamment sous l'angle de l'égalité entre concurrents.