

Valérie Junod / Olivier Simon / Barbara Broers / Willem Scholten /
Carole-Anne Baud

Stupéfiants : Définition et Classification

Le Labyrinthe de la LStup a-t-il une issue ?

La définition et la classification des stupéfiants et des substances associées constituent le fondement du système de contrôle des « drogues ». Ce contrôle a un impact profond sur les droits fondamentaux de nombreuses personnes en Suisse. Les auteur-e-s proposent une analyse critique des définitions et de la classification des substances soumises à contrôle selon la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup ; RS 812.121). Ils/elles émettent des recommandations pour une refonte du système actuel de classification de ces substances.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit de la santé, Droit pénal des stupéfiants, Système de santé. Politique de la santé, Agents thérapeutiques. Dispositifs médicaux.

Denrées alimentaires

Proposition de citation : Valérie Junod / Olivier Simon / Barbara Broers / Willem Scholten /
Carole-Anne Baud, Stupéfiants : Définition et Classification, in : Jusletter 1 février 2021

Table des matières

1. Introduction
2. Les définitions de la LStup et de l'OASup
 - 2.1. Substance ou préparation qui « engendre une dépendance »
 - 2.2. Effets ou contenu d'un type donné
3. La classification des substances soumises à contrôle
 - 3.1. Classification en droit des médicaments
 - 3.2. Procédure suisse de classification des substances
 - 3.3. Classification en sept tableaux
4. Le rôle des conventions internationales
 - 4.1. Exposé
 - 4.2. Critiques de la classification conventionnelle
 - 4.2.1. Critiques afférentes aux définitions
 - 4.2.2. Critiques sur le fonctionnement des autorités internationales
 - 4.2.3. Critiques liées à la conception des conventions
5. Recommandations
 - 5.1. Recommandation pour la classification
 - 5.2. Recommandations plus générales
6. Conclusion : Bientôt la fin ? Et après ?

1. Introduction

[1] La loi sur les stupéfiants¹ (LStup) s'applique à une large gamme de conduites et d'opérations en lien avec les stupéfiants, les psychotropes et certaines autres substances qui leur sont assimilées, notamment les précurseurs². Les règles que cette loi énonce vont du droit administratif³ au droit pénal⁴, avec des incidences en droit civil⁵ ; son impact sur les droits fondamentaux des

¹ Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup) du 3 octobre 1951 (état au 1er février 2020; RS 812.121). Cette loi a remplacé une loi du 2 octobre 1924. Le Message d'origine du Conseil fédéral date du 9 avril 1951, et est disponible ici <http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10092281>.

² Le champ d'application résulte indirectement des art. 1 et 2b, ainsi que des définitions à l'art. 2 LStup.

³ Art. 3b à 18c LStup.

⁴ Art. 19 à 28a LStup.

⁵ Indirectement les art. 3c, 3d et 3e LStup.

personnes est manifeste⁶. De surcroît, l'usage de « drogues » ainsi que l'usage impropre de médicaments sont largement répandus en Suisse⁷ ; ils font l'objet d'une attention croissante.

[2] Au vu de l'importance indéniable de cette loi, il est nécessaire de se pencher sur les définitions et la classification des substances qui y sont soumises. La LStup ne contenant pas de dispositions énonçant son champ d'application, celui-ci résulte indirectement de l'art. 1 LStup qui énumère les buts de la loi⁸. De cette disposition, on déduit que la loi s'applique aux substances catégorisées stupéfiantes et psychotropes ; plus précisément, elle englobe des conduites, pratiques ou états en lien avec ces substances. Par exemple, elle vise à protéger les personnes des conséquences de l'« addiction », sous-entendu les troubles addictifs liés à ces substances⁹ ; elle sanctionne les actes criminels liés au commerce ou à la consommation de ces substances¹⁰ ; elle régleme la mise à disposition de ces substances à des fins autorisées¹¹.

[3] De cet aperçu, on comprend que le point de rattachement est la substance « stupéfiante » ou la substance « psychotrope ». C'est donc à cette notion que le présent article s'attache. L'objectif est de réaliser une analyse critique des définitions et classifications résultant de la LStup. Or définir les substances qui entrent dans cette classe est loin d'être aisé. La définition qu'offre la loi¹² et

⁶ LUC RECORDON, La place des droits humains dans la politique des addictions, *Dépendances*, 62, p. 1–4, (https://www.grea.ch/sites/default/files/2.la_place_des_droits_humains_dans_la_politique_des_addictions.pdf), tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 1er janvier 2021). On citera ce passage, p. 3 : « celui ou celle, qui choisit de porter atteinte à sa vie par une mise en danger plus ou moins forte par des produits ou autres moyens addictifs, peut en principe se réclamer de cette portée négative du droit à la vie (l'Etat ne peut forcer quelqu'un à vivre), de la liberté personnelle, du droit à la dignité et de la responsabilité individuelle. Le manque de discernement, lié à l'âge ou à une maladie peut y faire obstacle et encore avec beaucoup de prudence, dès lors qu'il s'agit d'un choix éminemment personnel. A cela près, il y a donc lieu de mettre sérieusement en doute la constitutionnalité de toute restriction à la consommation de produits ou autres moyens addictifs. Il pourrait être tentant de justifier une telle atteinte aux droits fondamentaux par l'effet d'entraînement ou d'imitation que peut susciter une telle consommation ; cependant, l'aspect incitatif est ici manifestement trop faible pour valider une mesure d'interdiction ou de répression à cet égard ». Cf. également la publication conjointe du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida (ONUSIDA), du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD), de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et de l'International Centre on Human Rights and Drug Policy (HRDP) intitulée « International guidelines on Human Rights and Drug policy », de mars 2019 ; RICK LINES *et al.*, *The case for international guidelines on Human Rights and Drug Control*, *Health and Human Rights Journal*, 2017. On rappellera encore les Objectifs de développement durables des Nations Unies, en particulier la cible 3.5 à savoir « Renforcer la prévention et le traitement de l'abus de substances psychoactives, notamment de stupéfiants et d'alcool » ainsi que l'« United Nations system Common Position supporting the implementation of the international drug control policy through effective inter-agency collaboration » (Nations Unies, Conseil des chefs de secrétariat pour la coordination, Résumé des délibérations de la deuxième session ordinaire de 2018, New York, 7 et 8 novembre 2018, CEB/2018/2, annexe 1, p. 12–28).

⁷ Voir par ex. la page web de l'Office fédéral de la statistique (OFS), Drogues illicites, à <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/sante/determinants/drogues-illicites.html>. Dans l'Union européenne, cf. Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT), *Rapport européen sur les drogues, éléments clés, 2020*, tableau en page 7. Au niveau international, « in 2018, an estimated 269 million people worldwide had used drugs at least once in the previous year (range : 166 million to 373 million). This corresponds to 5.4 per cent of the global population aged 15–64 [...] ; some 35.6 million people are estimated to suffer from drug use disorders ». Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDDC), *World Drug Report 2020*, p. 10–11.

⁸ La LStup doit aussi mettre en œuvre les conventions internationales que la Suisse a ratifiées, principalement la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (RS 0.812.121.0, citée CU1961), amendée par le protocole du 25 mars 1972 (0.812.121.01), la Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes (RS 0.812.121.02 ; citée C1971) et la Convention du 20 décembre 1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (RS 0.812.121.03 ; citée C1988).

⁹ Art. 1 let. a et c LStup ; aussi ordonnance du 25 mai 2011 relative à l'addiction aux stupéfiants et aux autres troubles liés à l'addiction (ordonnance relative à l'addiction aux stupéfiants, OASup ; RS 812.121.6).

¹⁰ Art. 1 let. d et e LStup ; aussi la loi du 18 mars 2016 sur les amendes d'ordre (LAO ; RS 314.1).

¹¹ Art. 1 let. b LStup ; aussi ordonnance du 25 mai 2011 sur le contrôle des stupéfiants (OCStup ; RS 812.121.1).

¹² Art. 2 let. a et b LStup.

ses ordonnances¹³ présente de surcroît des défauts, tant sous l'angle juridique que médical. Ces défauts trahissent une erreur de conception d'origine (ou historique) de la législation suisse (cf. chapitre 2 et 3) et internationale (chapitre 4). Ils révèlent à leur tour l'incohérence de toute la construction qui en découle. Ils engendrent des difficultés de communication entre médecins et juristes, voire entre médecins issus de différentes disciplines. C'est pourquoi nous recommandons une refonte du système axée sur le rapport bénéfice-risque individuel et social et placée sous l'égide d'une autorité sanitaire (cf. chapitre 5).

[4] Notre analyse s'adresse tant aux autorités publiques spécialisées, qu'aux juristes et professionnels de la santé actifs dans les secteurs « santé publique » et « troubles addictifs ». Ces destinataires aux intérêts variés justifient ici notre choix d'inclure des références détaillées (en notes de bas de page) tant à la littérature médicale que juridique.

[5] Plus largement, notre objectif est de contribuer aux débats en cours sur les rôles que doit jouer la réglementation suisse en matière de « drogues ».

2. Les définitions de la LStup et de l'OASup

[6] L'art. 2 let. a LStup définit le *stupéfiant* comme la substance ou préparation « qui engendre [...] une dépendance et qui [a] des effets de type morphinique, cocaïnique ou cannabique »¹⁴; il inclut également dans cette définition la substance qui engendre une dépendance et qui est « fabriquée à partir » de morphine, de cocaïne ou de cannabis; ainsi que la substance ou préparation qui engendre une dépendance et qui a un « effet semblable » à celui de la morphine, de la cocaïne ou du cannabis. Cette définition est dérivée du droit conventionnel, analysé au chapitre 4 ci-dessous.

[7] S'agissant de la définition de la *substance psychotrope*, la lettre b du même article reprend l'exigence d'une dépendance engendrée et ajoute que le produit doit contenir « des *amphétamines, des barbituriques, des benzodiazépines ou des hallucinogènes* tels que le lysergide ou la mescaline »; alternativement, la substance ou préparation qui engendre une dépendance peut contenir une autre substance, pour autant que celle-ci ait un « effet semblable » à celles mentionnées auparavant.

[8] Ces définitions mettent toutes deux en avant *deux composantes* : d'abord la substance doit causer une « dépendance », ensuite elle doit appartenir par ses effets ou par son contenu à une certaine classe prédéterminée (la classe morphine, cocaïne, cannabis pour les stupéfiants; la classe amphétamine, barbiturique, benzodiazépines ou hallucinogènes pour les psychotropes). Ces deux composantes sont analysées successivement.

2.1. Substance ou préparation qui « engendre une dépendance »

[9] A teneur de la LStup, il ne suffit pas que la substance ou préparation contienne une certaine molécule, il faut encore qu'elle engendre une « dépendance ». On pourrait ainsi imaginer une substance ou préparation contenant un dérivé de cocaïne, mais dont la forme galénique empêche

¹³ Art. 2 let. h OCStup; art. 1 de l'ordonnance du DFI du 30 mai 2011 sur les tableaux des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques (OTStup-DFI; RS 812.121.11); art. 2 let. b et g OASup.

¹⁴ La définition légale s'écarte ainsi délibérément du sens étymologique du terme « stupéfier » qui renvoie aux notions d'engourdir, de diminuer ou de suspendre le sentiment et le mouvement. Voir aussi OMS, *Lexicon of alcohol and drug terms*, 1994.

définitivement tout usage susceptible d'engendrer une dépendance¹⁵ ; elle ne pourrait alors être qualifiée de stupéfiant. La « dépendance » est donc *a priori* l'élément cardinal de la définition suisse.

[10] La LStup elle-même ne définit pas la « dépendance », même si le terme y apparaît à plusieurs reprises. On trouve toutefois une définition dans l'OAS¹⁶. Selon l'art. 2 let. a de cette ordonnance, la « dépendance ou addiction »¹⁷ est un « ensemble de phénomènes physiologiques, cognitifs et comportementaux qui peuvent se développer après la consommation répétée de substances psychoactives »¹⁸, étant précisé qu'est psychoactive la « substance qui agit sur le psychisme de l'être humain » (let. f).

[11] Cette définition de la dépendance dans l'OAS¹⁶ est *critiquable*, car elle ne définit rien. En effet, elle fait référence à un « ensemble de phénomènes » sans définir leur nature. Elle ne dit pas si le phénomène doit être à la fois physiologique, cognitif et comportemental¹⁹ ou s'il peut ne ressortir qu'à une seule de ces catégories. Elle indique que le phénomène *peut* se développer, sous-entendant que ce n'est pas forcément le cas. Elle fait référence à une consommation *répétée*, suggérant qu'une consommation unique, voire sporadique, ne peut pas donner lieu à ces phénomènes ; finalement, elle renvoie à une consommation d'une substance qui agit sur le psychisme, ce qui inclut potentiellement un grand nombre de médicaments classiques, notamment les antidouleurs et les antiépileptiques ou même les contraceptifs²⁰. Elle pourrait même inclure des substances consommées à titre d'aliments, comme le café²¹ ou l'alcool.

[12] Les termes « dépendance » et « addiction », suggèrent une référence médicale et scientifique. Or dans les communautés médicales, ces notions recouvrent des définitions multiples, pas

¹⁵ Un exemple cliniquement plus réaliste réside dans la naloxone, qui chimiquement est un opioïde, mais pharmacologiquement est un antagoniste des opiacés, utilisé notamment en cas d'intoxication à ces substances. Cf. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), Preventing opioid overdose deaths with take-home naloxone, 2016, p. 20–21.

¹⁶ L'OAS¹⁶ a été adoptée le 25 mai 2011 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011.

¹⁷ En français, les termes dépendance et addiction sont souvent utilisés comme synonymes. Cependant, pour le milieu médical, l'addiction se réfère à la perte de contrôle problématique sur l'usage d'une substance, tandis que la dépendance fait davantage référence à la notion de sevrage à l'arrêt et de tolérance. Toutefois, la CIM-10 de l'OMS a incorporé ces différents aspects dans le diagnostic de « syndrome de dépendance », souhaitant éviter le terme d'addiction (cf. WHO Expert Committee on Drug Dependence (ECDD), Thirtieth Report, 1998, p. 7 pour des explications sur ce terme). L'emploi de deux termes plus ou moins synonymes prête à confusion. L'OAS¹⁶ utilise principalement le terme « addiction », tandis que le terme « dépendance » est utilisé avant tout pour faire référence à une personne dépendante.

¹⁸ Dans le projet du DFI mis en consultation en 2010, la définition (art. 2 let. a OAS¹⁶) était quelque peu différente, à savoir : « Dépendance/troubles liés à l'addiction : ensemble de phénomènes physiologiques, comportementaux et cognitifs caractérisés par la rupture avec certains comportements que la personne concernée privilégiait auparavant au profit de la consommation d'une substance psychoactive. » Cette définition correspondait à celle figurant dans le Termdat (« Terminologie de la politique suisse en matière de drogue », élaborée par l'OFSP en collaboration avec la Chancellerie fédérale), considéré par l'OFSP comme plus facile à comprendre que les définitions de l'OMS ou du DSM-IV (OFSP, Commentaire relatif à l'ordonnance sur le contrôle des stupéfiants (OCStup) et à l'ordonnance sur les troubles liés à l'addiction (OAS¹⁶), 2010, p. 24). Dans la procédure de consultation afférente à cette ordonnance, la Foederatio Medicorum Helveticorum (FMH) et la Société Suisse de Médecine de l'Addiction (SSMA) ont fait valoir que la définition de dépendance aurait dû se baser sur la CIM-10 de l'OMS. L'article 2 let. a OAS¹⁶ entré en vigueur est finalement différent de celui du projet soumis à consultation, sans toutefois renvoyer aux définitions de l'OMS.

¹⁹ Selon l'OMS, « *The determinant and problematic consequences of substance dependence may be biological, psychosocial or social; they usually interact.* » (ECDD, Thirtieth Report, 1998, p. 7).

²⁰ Si l'on prend l'exemple de certains anti-dépresseurs, leur consommation répétée est apte à produire un « ensemble de phénomènes physiologiques, cognitifs et comportementaux ».

²¹ « *Caffeine [is] the most widely used consumed psychoactive agent* ». ROB M. VAN DAM *et al.*, Coffee, Caffeine, and Health, *The New England Journal of Medicine* 383 (4), 2020, p. 369.

forcément consensuelles, ni synonymes²². En effet, le mot « dépendance » apparaît dans les classifications des maladies et troubles, à savoir la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes, 10^{ème} et 11^{ème} révisions (CIM-10²³ et CIM-11)²⁴ de l’OMS, tandis que l’addiction et la dépendance figurent dans les versions IV et V du *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-IV et V)²⁵ de l’*American Psychiatric Association*. L’art. 2 let. a OASup précité fait le choix de *ne pas* renvoyer à l’une de ces définitions médicales.

[13] En revanche, l’art. 2 let. g de cette ordonnance le fait en partie puisqu’elle définit, certes dans un autre contexte²⁶, la « *personne gravement dépendante à l’héroïne* »²⁷ comme celle qui remplit « les critères de ce diagnostic selon la Classification internationale des maladies de l’OMS, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, ICD-10 F11.2, version 2007, publiée en janvier 2008 » (CIM-10). De la sorte, la personne diagnostiquée comme ayant un « syndrome de dépendance » selon la CIM-10 devient « gravement dépendante » au sens du droit suisse (pour autant cependant que la substance en cause soit l’héroïne)²⁸ !

²² Voir déjà la note 17.

²³ En anglais : *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – ICD*. Selon l’OMS, « *ICD is the foundation for the identification of health trends and statistics globally, and the international standard for reporting diseases and health conditions. It is the diagnostic classification standard for all clinical and research purposes* » (WHO web page, Classifications, ICD-11 is here! – History of ICD). Les paragraphes F10 à F19 de la CIM-10 (version de 2019) font référence au syndrome de dépendance (*dependence syndrome*), cf. note 29 pour plus de détails. La Directive de l’Union européenne – CHMP, Guideline on the non-clinical investigation of the dependence potential of medicinal products, EMA/CHMP/SWP/94227/2004 – renvoie à cette notion. Le champ de substances concernées par la CIM-10 est très large : alcool, opioïdes, cannabinoïdes, sédatifs ou hypnotiques, cocaïne, autres stimulants y compris la caféine, hallucinogènes, tabac, solvants volatils, drogues multiples et autres substances psychoactives.

²⁴ La CIM-10 est en cours de révision complète. Dès 2022, les Etats membres de l’OMS utiliseront la version révisée, la CIM-11. Cette classification recourt également au terme *dependence*. Le champ de substances concernées a été élargi par rapport à la CIM-10. Ont été ajoutés à la liste citée à la note précédente : les cannabinoïdes synthétiques, anxiolytiques, métamphétamines ou methcathinone, cathinones synthétiques, MDMA ou similaires y compris MDA, drogues dissociatives y compris kétamine et phencyclidine [PCP], autres substances psychoactives y compris médicaments, substances psychoactives inconnues, substances non psychoactives.

²⁵ Aux Etats-Unis, la classification DSM est communément utilisée et exerce aussi une influence sur d’autres pays. Jusqu’en 2015, c’était la version DSM-IV-TR qui était en vigueur et elle faisait référence au terme *dependence*. Aujourd’hui, la version en vigueur est le DSM-5 et utilise le terme *substance-related and addictive disorder* et indique le degré de sévérité du trouble (*mild, moderate and severe*) ; ce diagnostic inclut aussi certaines « addictions » purement comportementales, notamment le jeu d’argent. Pour plus de détails, cf. SAUNDERS, JOHN B., Substance use and addictive disorders in DSM-5 and ICD 10 and the draft ICD 11, *Current Opinion in Psychiatry* 30 (4), 2017, p. 227–237 ; également cf. Substance Abuse and Mental Health Services Administration (U.S. Department of Health and Human Services), Impact of the DSM-IV to DSM-5 Changes on the National Survey on Drug Use and Health, 2016, p. 5 : « *In DSM-IV, SUDs [substance use disorders] belonged to the class substance-related disorders, which included only substance/drug-based disorders. In DSM-5 this classification has been broadened to include gambling disorder, and the section has been renamed Substance-Related and Addictive Disorders. [...] a single construct of addiction that combines abuse and dependence criteria is a better fit in measuring the underlying construct of opioid addiction, rather than a separate and hierarchical construct of abuse and dependence. This supports the unification of abuse and dependence under DSM-5* ». Sur l’historique de cette classification, voir SEAN M. ROBINSON/BRYON ADINOFF, The Classification of Substance Use Disorders : Historical, Contextual, and Conceptual Considerations, *Behavioral Sciences* 6 (18), 2016.

²⁶ La disposition de l’OASup vise à déterminer qui peut participer à un programme fédéral d’héroïne à usage médical (art. 10 al. 1 let. b OASup).

²⁷ En réalité, cette définition de personnes gravement dépendantes à l’héroïne n’est pas utilisée en pratique, où la communauté médicale se base principalement sur le critère de deux échecs préalables à un traitement de méthadone et le critère de déficits de nature psychique, physique ou sociale (sous-entendu lié à cette consommation). Art. 10 al. 1 let. c et d OASup.

²⁸ On notera que le renvoi de l’OASup à la CIM-10 F11 ne vise qu’un des dix éléments utilisés dans celle-ci pour catégoriser les troubles liés aux substances psychoactives, à savoir le n°2 ; « syndrome de dépendance », neuf autres troubles y étant pour le surplus énumérés : *acute intoxication, harmful use, withdrawal state, withdrawal state with delirium, psychotic disorder, amnesic syndrome, residual and late-onset psychotic disorder, other mental and behavioural disorders, unspecified mental and behavioural disorder*.

[14] La définition de « gravement dépendante » en droit suisse (art. 2 let. g OASup) renvoyant à la CIM-10, la question se pose de savoir si cette nomenclature internationale permet de mieux comprendre la définition de la « dépendance » figurant à l'art. 2 let. a OASup. La réponse est non. La CIM-10 énonce six critères²⁹. Deux critères font référence à des symptômes essentiellement physiques (tolérance et symptômes de sevrage à l'arrêt), deux à des symptômes essentiellement psychiques (difficulté à contrôler et envie intense de consommer), deux à des conséquences sociales et relationnelles (passer beaucoup de temps à se procurer et consommer la substance, continuer même s'il y a des conséquences négatives).

[15] La définition de la CIM-10 est donc avant tout un outil pour établir *un diagnostic* destiné à un individu particulier. Elle n'est guère utile pour *juger une substance* susceptible d'engendrer une dépendance, substance qui n'a peut-être pas encore été consommée par ce qui que soit (par ex. une nouvelle drogue de synthèse) ou qui n'a pas encore eu l'occasion de déployer des effets négatifs (par ex. une substance récemment mise sur le marché). Autrement dit, la CIM-10 se concentre sur l'individu et ses envies, ses besoins, ses souffrances et ses relations sociales, la substance étant reléguée à l'arrière-plan. En revanche, la LStup et ses ordonnances mettent l'accent *sur la substance*, l'individu consommateur-personne en traitement étant plutôt à l'arrière-plan. Evidemment, la LStup ne peut pas complètement ignorer l'individu, puisque la substance doit bien engendrer une « dépendance » chez quelqu'un. Mais par la force des choses, la LStup doit retenir une approche *populationnelle*, puisqu'il serait inconcevable de qualifier une substance de psychotrope chez Monsieur A, mais pas dans le cas de Madame B.

[16] La difficulté qui survient lorsque l'échelle est populationnelle est d'abord celle du *seuil*. Les études médicales ont montré que si plusieurs personnes consomment la même substance durablement, certains y renonceront spontanément et sans difficulté³⁰, tandis que d'autres souffriront toute leur vie de ne pas pouvoir s'en détacher, leur existence tournant autour de cette consommation ; en d'autres termes, l'effet d'une substance est loin d'être identique chez tous les consommateurs. La question devient alors : *quelle proportion* de personnes ayant consommé la substance *pendant quelle période, sous quelle forme, à quel dosage*, doit appartenir à la deuxième catégorie. Imaginons une substance qui peut être consommée pendant 10 ans sans aucun effet indésirable, puis qui, chez une personne sur 10'000, engendre une intense dépendance physique (symptômes douloureux de sevrage) et psychique (souffrance mentale en cas de privation). Ce risque statistiquement faible est-il néanmoins suffisant pour qualifier la substance *en soi* comme engendrant une dépendance ? *Si non, où faut-il placer le curseur* : le nombre d'individus affectés ? L'ampleur des risques auxquels ils s'exposent ? La période sur laquelle ce risque se déploie ? La sévérité des effets négatifs en cas de privation (sevrage) ? La difficulté de maintenir durablement l'arrêt ou

²⁹ La définition du syndrome de dépendance dans la CIM-10 est la suivante : « Ensemble de phénomènes comportementaux, cognitifs et physiologiques survenant à la suite d'une consommation répétée d'une substance psycho-active, typiquement associés à [1] un désir puissant de prendre la drogue, [2] à une difficulté à contrôler la consommation, [3] à une poursuite de la consommation malgré des conséquences nocives, [4] à un désinvestissement progressif des autres activités et obligations au profit de la consommation de cette drogue, [5] à une tolérance accrue, et, parfois, [6] à un syndrome de sevrage physique. Le syndrome de dépendance peut concerner une substance psycho-active spécifique (par exemple le tabac, l'alcool ou le diazépam), une catégorie de substances (par exemple les substances opiacées), ou un ensemble plus vaste de substances psycho-actives pharmacologiquement différentes ». Au moins trois des manifestations précitées doivent avoir persisté pendant au moins un mois ou, quand elles ont persisté pendant moins d'un mois, doivent être survenues ensemble de façon répétée au cours d'une période de 12 mois. Cf. Critères diagnostiques pour la recherche CIM-10, sur le site de l'OMS : https://www.who.int/substance_abuse/terminology/definition1/fr/.

³⁰ HARALD KLINGEMANN *et al.*, Continuities and changes in self-change research, *Addiction* 105 (9), 2010, p. 1510–1518.

la réduction des consommations après un sevrage effectif? L'analyse peut encore être affinée de diverses façons, par exemple si on tient compte des éventuelles caractéristiques génétiques ou sociales augmentant ou diminuant le risque de « dépendance » (par ex., drogues avant tout utilisées dans des cérémonies religieuses/rituelles³¹) et de la façon de consommer la substance (en la prenant oralement, en la sniffant, fumant ou l'injectant) et des canaux via lesquels la substance est mise en contact avec les consommateurs (lieux : cafés/restaurants, lieux spécifiques dédiés, pharmacies ; horaires d'ouverture ; publicité et marketing plus ou moins régulés, voire interdits ; contrôle de l'âge). Si des critères pour évaluer la *dangerosité* d'une substance ont été développés et sont bien établis dans la communauté scientifique (voir le chapitre 5 *infra*), il manque un équivalent – tant sur le plan juridique que médical – pour se prononcer sur le potentiel de *dépendance* d'une substance.

2.2. Effets ou contenu d'un type donné

[17] A teneur de la LStup, qu'une substance engendre une dépendance ne suffit pas : encore faut-il qu'elle appartienne ou puisse être attribuée à une classe déterminée. Pour rappel, parmi les *stupéfiants*, la loi fait référence à trois classes de substances : celles pouvant être assimilées à la morphine, à la cocaïne et au cannabis ; parmi les *psychotropes*, elle en liste quatre : amphétamines, barbituriques, benzodiazépines ou hallucinogènes³². Une substance soumise à la LStup peut contenir exactement ladite substance (ex. de la cocaïne) ou elle peut contenir une autre molécule dont les effets sont *similaires* (par ex. une substance autre qui a des effets similaires à ceux de la cocaïne) ; rien n'exclut non plus qu'elle contienne une combinaison de ces substances.

[18] Ce deuxième aspect de la définition est tout aussi problématique que le premier analysé ci-dessus.

[19] D'abord, les progrès de la chimie et de la pharmacie font qu'on peut créer de plus en plus de dérivés et de nouvelles substances. Ainsi, un total de 1004 nouvelles substances psychoactives ont été notifiées entre 2009 et 2020³³. Jusqu'où l'écart avec la substance d'origine est-il admis et sur quels critères baser la similarité ? Faut-il se baser sur la formule chimique ? Sur les récepteurs du système nerveux central ? Sur les effets cliniques ? La question reste ouverte.

[20] Si l'on prend le cannabis, il existe par exemple plus de 160 cannabinoïdes, dont certains n'ont aucun effet psychoactif ; donc la référence à la classe cannabique n'est pas particulièrement utile. De plus, les « cannabinoïdes synthétiques » sont des molécules conceptualisées en similitude avec la structure moléculaire du THC, et agissent sur les mêmes récepteurs, mais n'ont rien en commun avec la plante cannabis³⁴. Pour illustrer le dilemme, on rappellera qu'aujourd'hui, en Suisse, le cannabidiol (CBD) n'est pas soumis à contrôle³⁵, alors qu'il est un des éléments présents dans

³¹ Transnational Institute, Migrants and Traditional Use, 25 April 2019 (<https://www.tni.org/en/article/migrants-and-traditional-use>).

³² Art. 2 let. a et b LStup.

³³ ONUDC, Current NPS Threats, Volume III, October 2020, p. 1.

³⁴ A.J. PORTS *et al.*, Synthetic cannabinoid receptor agonists : classification and nomenclature, *Clinical Toxicology*, 58 (2), 2020 p. 82–98 ; JOEL SCHLATTER, Synthetic Cannabinoids : Synthesis and Biological Activities, *Studies in Natural Products Chemistry* 43, 2014, p. 291–311.

³⁵ La LStup n'est pas applicable aux produits à base de cannabis contenant moins de 1% de THC (voir sous « cannabis » dans l'annexe 1 de l'OTStup-DFI). Par conséquent, des plantes de cannabis qui contiennent du CBD mais moins que 1% de THC ne sont pas soumises à contrôle au sens de la LStup et des conventions internationales.

le cannabis³⁶. Dès lors, la question mérite d'être posée : quel critère est décisif pour déterminer un *effet de type* cannabique, respectivement morphinique ou cocaïnes ? Même les organes internationaux concèdent que le système de classification individuelle des substances atteint ses limites³⁷.

[21] En outre, les médecins estiment qu'il n'est pas possible de catégoriser de manière fiable une substance pour dire si ces effets sont de *l'un* des sept types précités. Rien que l'héroïne a une multitude d'effets sur l'homme, notamment un effet euphorisant, un effet contre la douleur, un effet décrit comme « calmant »³⁸. Or, certains antidépresseurs peuvent avoir ces mêmes effets³⁹. De même, une amphétamine a un effet principalement stimulant⁴⁰, mais la caféine aussi. Les effets peuvent de surcroît varier d'individu à individu, voire selon le contexte de consommation⁴¹. Ainsi, une amphétamine prise par un militaire (pour rester éveillé)⁴² n'a pas sur lui les mêmes effets que celle prise par un enfant hyperactif (pour calmer le flot des pensées)⁴³.

[22] Examinée attentivement, la définition de la LStup s'articule selon quatre axes différents :

- i. les effets rattachés par analogie à ceux d'une classe de *molécules*, à savoir les effets de type morphinique, cannabique ou cocaïnes (art. 2 let. a LStup) ;
- ii. les effets *non* rattachés à une classe de molécules donnée, mais purement *liés à un effet* sur la personne, en l'occurrence uniquement l'effet hallucinogène (art. 2 let. b LStup)⁴⁴ ;

³⁶ Selon les études actuelles, « *CBD was shown to have anxiolytic, antipsychotic and neuroprotective properties* ». Il est donc psycho-actif. JOSÉ A. CRIPPA *et al.*, Translational Investigation of the Therapeutic Potential of Cannabidiol (CBD) : Toward a new Age, *Frontiers in Immunology* 9, 2018, p. 1–16 ; TABITHA A. ISEGER *et al.*, A systematic review of the antipsychotic properties of cannabidiol in humans, *Schizophrenia Research* 162 (1–3), 2015, p. 153–161 ; STEFANIA BONACCORSO *et al.*, Cannabidiol (CBD) use in psychiatric disorders : A systematic review, *Neurotoxicology* 74, 2019, p. 282–298 ; SERENA SILVESTRO *et al.*, Use of Cannabidiol in the Treatment of Epilepsy : Efficacy and Security in Clinical Trials, *Molecules* 24 (8), 2019, p. 1–25.

³⁷ Cf. le document intitulé « *Options to address the proliferation of non-scheduled chemicals, including designer precursors, contribution to a wider policy dialogue* » soumis à la 36^{ème} session de la Commission des Stupéfiants des Nations Unies (2–6 mars 2020), par l'Organe international de contrôle des stupéfiants (E/CN.7/2020/CRP.13), p. 3.

³⁸ Cf. le site d'Addiction suisse : <https://faits-chiffres.addictionsuisse.ch/fr/opioides/effets-risques.html> ou du National Institute of Drug Abuse (Etats-Unis) : <https://www.drugabuse.gov/publications/research-reports/heroin/what-are-immediate-short-term-effects-heroin-use>. MARK A. SCHUMACHER *et al.*, Opioid Agonists & Antagonists, in *Bertram G. Katzung et al.* (éd.), *Basic and Clinical Pharmacology*, 13th edition, 2015, chapitre 31.

³⁹ J. FENNEMA *et al.*, Efficacy and Safety of Antidepressants as Analgesics in Chronic Pain : A Review, *European Psychiatry* 41 (S1), 2020, p. S234 ; J. DAVIES/J. READ, A systematic review into the incidence, severity and duration of antidepressant withdrawal effects : Are guidelines evidence-based ?, *Addictive Behaviors* 97, 2019, p. 111–121 ; FABRIZIO SCHIFANO/STEFANIA CHIAPPINI, Is There a Potential of Misuse for Venlafaxine and Bupropion ?, *Frontiers in Pharmacology* 9, 2018, p. 1–10 ; European Medicines Agency (EMA), Guideline of clinical investigation of medicinal products in the treatment of depression, EMA/CHMP/185423/2010, chapter 4.5.3.11.

⁴⁰ NICOLA SIMOLA/MANOLO CARTA, Amphetamine Usage, Misuse, and Addiction Processes : An Overview, in Victor R. Preedy (éd.), *Neuropathology of Drug Addictions and Substance Misuse, Volume 2 : Stimulants, Club and Dissociative Drugs, Hallucinogens, Steroids, Inhalants and International Aspects*, 2016, p. 14–24. NICOLAS RASMUSSEN, Making the First Anti-Depressant : Amphetamine in American Medicine, 1929–1950, 61(3) *Journal of the History of Medicine and Allied Science*, p. 288 ss, 2006. 2016, Pages 14–24.

⁴¹ LOUISA DEGENHARDT *et al.*, Global patterns of opioid use and dependence : harms to populations, interventions, and future action, *The Lancet* 394 (10208), 2019, p. 1560–1579 ; aussi OMS, *Neuroscience of psychoactive substance use and dependence*, 2004, p. 22 et p. 23, Box 3

⁴² ERIC A. BOWER *et al.*, Use of amphetamines in the military environment, *The Lancet* 362, 2003, p. s18 – s19.

⁴³ OLE JAKOB STOREBØ *et al.*, Methylphenidate for children and adolescents with attention deficit hyperactivity disorder (ADHD), *Cochrane Database of Systematic Reviews* 11, 2015, p. 6–7.

⁴⁴ La rédaction de la LStup donne l'impression que l'hallucinogène est une classe de molécules (deux exemples sont fournis : le lysergide et la mescaline), alors qu'en réalité, il ne peut s'agir que d'un type d'effets, dès lors que bon nombre de substances très différentes peuvent provoquer l'hallucination, autrement dit l'effet hallucinogène. Par ailleurs, tant la cocaïne que le THC à haut dosage peuvent provoquer des hallucinations.

- iii. les substances ou préparations qui *contiennent* une classe de molécules, à savoir les benzodiazépines, barbituriques et amphétamines, mais *sans référence à un effet* (art. 2 let. b LStup);
- iv. enfin, il y a le groupe résiduel « effet semblable » (effet *semblable* aux substances qui ont des effets morphinique, cannabique ou cocaïnique; effet *semblable* aux substances qui contiennent des amphétamines, barbituriques, benzodiazépines) (art. 2 let. a et b LStup).

[23] Rien n'explique pourquoi ces quatre axes ont été (implicitement) retenus. Ces axes se recoupent en partie (par ex. effet hallucinogène ou effet semblable à un effet hallucinogène). Ils ne sont intellectuellement pas cohérents. En effet, un somnifère peut relever d'un effet de type morphinique ou peut être semblable à un barbiturique, tout en n'étant pas soumis à contrôle, comme c'est le cas des antihistaminiques. Par exemple, le doxylaminum (Sanalepsi Nö)⁴⁵ est un médicament antihistaminique autorisé en Suisse (et ailleurs) pour faciliter l'endormissement, mais n'est pas soumis à contrôle; pourtant, il a des effets apparentés au type i) « morphinique » et de type iv) semblable à un barbiturique. Autre exemple encore plus commun : le tramadol est un médicament qui n'est aujourd'hui *pas* placé sous contrôle en Suisse, mais qui a pourtant des « effets de type morphinique » puisqu'il s'agit d'un opioïde (indication admise : « douleurs aiguës ou prolongées d'intensité moyenne à forte, respectivement en cas d'efficacité insuffisante des analgésiques de type non-opioïde »); ce médicament est de surcroît signalé comme « présent[ant] un faible potentiel de dépendance ». Or, il existe une abondante littérature scientifique qui documente le fait que cet opioïde peut être associé à des usages non médicaux évoluant vers des troubles addictifs sévères⁴⁶.

[24] En science médicale, les *cliniciens* classent plutôt les médicaments selon leur effet sur le système nerveux central, en les classant généralement en *dépresseurs*, *stimulants* et *perturbateurs*⁴⁷. Les dépresseurs incluent les opioïdes, les benzodiazépines, les barbituriques, l'alcool et le GHB;

⁴⁵ Cf. l'information professionnelle sur le médicament Sanalepsi N sur <https://www.swissmedicinfo.ch/>.

⁴⁶ Plus précisément, l'information professionnelle met en garde : « Affections psychiatriques : Rares (0,01–0,1%) : hallucinations, état de confusion, troubles du sommeil, délire, angoisse et cauchemars. Après l'administration de tramadol, on peut également observer différents effets secondaires psychiques dont l'intensité et la nature varient d'une personne à l'autre (en fonction de la réactivité individuelle et de la durée du traitement). On peut aussi observer des troubles de l'humeur (habituellement une exaltation, occasionnellement une dysphorie), des modifications de l'activité (habituellement une diminution de l'activité, occasionnellement un accroissement) et des modifications des capacités cognitive et sensorielle (p.ex. la capacité décisionnelle, des troubles de la perception). Une dépendance peu apparaît. Les symptômes d'une réaction de sevrage identiques à ceux observés avec les opioïdes peuvent survenir. Ces symptômes sont : agitation, angoisse, nervosité, troubles du sommeil, hyperkinésie/hyperactivité, tremblements et symptômes gastro-intestinaux. Les symptômes observés qui peuvent survenir à l'arrêt du traitement par le tramadol dans de très rares cas (0,01%) sont les suivants : crise d'attaques de panique, forte anxiété/angoisse, hallucinations, paresthésies, acouphènes et symptômes du système nerveux central inhabituels (par exemple confusion, délire, troubles de la personnalité, déréalisation, paranoïa). »

⁴⁷ Voir la page web de Praticien Addiction Suisse, sous <https://www.praxis-suchtmedizin.ch/praxis-suchtmedizin/index.php/fr/drogues-de-synthese/classification-des-substances-psycho-actives> et OMS, Neurosciences : usage de substances psychoactives et dépendance – résumé, 2004, p. 17, qui optent pour quatre familles. Le Dorosz (DENIS VITAL DURAND/CLAIRE LE JEUNNE, Guide pratique des médicaments; 39^{ème} édition, 2020) pour sa part opte pour 6 sous-chapitres (les anxiolytiques; les hypnotiques; les antidépresseurs ou thymo-analéptiques; les neuro-thymiques ou thymo-régulateurs; les neuroleptiques; les psychostimulants ou noo-analéptiques).

ils sont associés une « dépendance physique »⁴⁸ et une « dépendance psychologique »⁴⁹. Les stimulants incluent la caféine, la nicotine, la cocaïne, les amphétamines, et ne provoquent généralement pas de symptômes physiques lors d'un arrêt, même brutal. Les perturbateurs incluent le THC, la mescaline, le LSD, les champignons hallucinogènes et n'engendrent que peu de syndromes de dépendance (au sens de la CIM-10)⁵⁰. La classification susmentionnée retenue par le législateur suisse n'est donc *pas* utilisée par les professionnels impliqués dans la clinique.

[25] Les *pharmacologues*, quant à eux, s'intéressent plutôt aux récepteurs synaptiques activés par les différentes molécules⁵¹. Ils évoquent ainsi les récepteurs mu, delta et kappa pour les opioïdes⁵², les récepteurs CB1, CB2 pour le cannabis⁵³, ou encore les récepteurs de la recapture sérotonine, dopamine pour la cocaïne⁵⁴. Cette classification sert notamment à comprendre le fonctionnement de la molécule et à développer des traitements ou des antidotes. La classification retenue par le législateur suisse n'est donc *pas non plus* utilisée par ce deuxième groupe de professionnels.

[26] La question du *seuil* se pose ici aussi. Suffit-il qu'une substance ait des effets *légèrement sédatifs* pour qu'elle puisse être considérée *ayant un effet semblable* à une benzodiazépine ? On pense par exemple à un antidépresseur qui calme ou un antihistaminique qui endort. Faut-il au contraire que l'effet soit prononcé ? Faut-il qu'il s'agisse de l'effet principal voulu ou un effet secondaire plus rare peut-il suffire ?

[27] En guise de conclusion intermédiaire, le deuxième pan de la définition du stupéfiant ou psychotrope voulue par le législateur et basée sur la catégorisation de substances selon leurs effets ou leur contenu ne permet *pas non plus* de cerner de manière fiable quelles substances sont susceptibles d'être placées sous contrôle en application de la LStup.

3. La classification des substances soumises à contrôle

3.1. Classification en droit des médicaments

[28] Certaines autorités sanitaires ont émis des directives pour évaluer le potentiel de dépendance des médicaments qu'elles autorisent. Ainsi, la Food and Drug Administration (FDA) a révisé en 2017 sa *Guidance on the Assessment of Abuse Potential of Drugs*⁵⁵. Ce document de 37 pages est très

⁴⁸ Par dépendance physique, nous entendons un phénomène de tolérance et des symptômes de sevrage à l'arrêt. « *Physical dependence is a physiological response to a drug associated with the development of tolerance and withdrawal symptoms due to rapid reduction in exposure* ». EMA, Guideline of the clinical development of medicinal products intended for the treatment of pain, EMA/CHMP/970057/2011, p. 23. Voir aussi OMS, Lexicon of alcohol and drug terms, 1994.

⁴⁹ « *[P]sychological dependence focuses on elements such as compulsion, impaired control or craving*. » EMA/CHMP/970057/2011, p. 23. Voir aussi OMS, Lexicon of alcohol and drug terms, 1994.

⁵⁰ DAVID E. NICHOLS, Psychedelics, *Pharmacological reviews* 68 (2), 2016, p. 266. Cette classification ne tient pas compte de l'effet hédonique.

⁵¹ C'est également l'approche de départ de l'EMA dans sa Directive EMEA/CHMP/SWP/94227/2004 (Guideline on the Non-clinical Investigation of the Dependence Potential of Medicinal Products), point 4.1.

⁵² SCHUMACHER *et al.* (*supra* note 38), table 31–1.

⁵³ OMS, Neuroscience (*supra* note 41), p. 84–86.

⁵⁴ Id., p. 89. Cette classification ne tient pas compte de la cinétique, ni de la galénique.

⁵⁵ FDA, Center for Drug Evaluation and Research (CDER), Assessment of Abuse Potential of Drugs, Guidance for Industry, Janvier 2017. Disponible sous <https://www.regulations.gov/docket?D=FDA-2010-D-0026>.

instructif en ce qu'il opère le lien entre les risques potentiels de médicaments et la classification comme substances contrôlées. Il est de surcroît bien plus explicite que les dispositions éparées de la législation suisse.

[29] Pour la FDA, les deux éléments centraux sont l'effet sur le système nerveux central du médicament et ses « *rewarding properties* »⁵⁶ associés à une dépendance psychique⁵⁷. A eux seuls, l'effet de dépendance physique⁵⁸ et l'effet de tolérance⁵⁹ ne sont pas déterminants⁶⁰. La *Guidance* précitée développe un schéma pour aider les entreprises pharmaceutiques à évaluer le potentiel d'abus (« *abuse potential* ») de leurs futurs médicaments, l'abus étant défini largement comme tout usage non-médical intentionnel⁶¹. L'entreprise doit donc répondre aux questions suivantes :

- a. Si la nouvelle substance agit sur le système nerveux central, le fabricant doit effectuer des études animales comparatives pour établir le potentiel d'abus. Ainsi, des rats ont accès libre à la substance en cause afin d'observer s'ils s'auto-administrent la substance (« *self-administration studies* ») ou restent à l'endroit où ils pourraient le recevoir (« *conditioned place preference* »)⁶². Parallèlement, le rat reçoit la substance de façon passive pendant une certaine durée, puis l'administration est interrompue brusquement pour observer les symptômes de manque (dépendance physique)⁶³.
- b. Si l'on soupçonne un potentiel d'abus et de dépendance sur la base des études animales ou en raison de similitudes avec des substances connues (par ex. un dérivé du fentanyl), le fabricant doit établir si ce potentiel existe aussi chez l'homme⁶⁴, notamment chez des personnes avec des antécédents d'usage non-médical de substances. Ce type d'étude est

⁵⁶ En français, on pourrait traduire par « effets sur le système de récompense » ou propriétés gratifiantes.

⁵⁷ « Psychological (or psychic) dependence refers to a state in which individuals have impaired control over drug use based on the rewarding properties of the drug (ability to produce positive sensations that increase the likelihood of drug use) or the psychological distress produced in the absence of the drug. » [notre mise en évidence]. *Guidance* citée à la note 55, p. 4.

⁵⁸ « Physical dependence is a state that develops as a result of physiological adaptation in response to repeated drug use, manifested by withdrawal signs and symptoms after abrupt discontinuation or a significant dose reduction of a drug. » [notre mise en évidence]. *Id.*

⁵⁹ « Tolerance is a state that develops as a result of physiological adaptation characterized by a reduced response to a specific dose of drug after repeated administration of the drug (i.e., a higher dose of a drug is required to produce the same effect that was once obtained at a lower dose). » [notre mise en évidence], *Id.*

⁶⁰ « The presence of physical dependence or tolerance does not determine whether a drug has abuse potential. Many medications that are not associated with abuse, such as antidepressants, beta-blockers, and centrally acting antihypertensive drugs, can produce physical dependence and/or tolerance after chronic use. However, if a drug has rewarding properties, the ability of that drug to induce physical dependence or tolerance may influence its overall abuse potential. » [notre mise en évidence], *Id.*

⁶¹ More precisely, « [d]rug abuse is defined as the intentional, non-therapeutic use of a drug product or substance, even once, to achieve a desired psychological or physiological effect. Therefore, abuse potential refers to the likelihood that abuse will occur with a particular drug product or substance with CNS [central nervous system] activity. Desired psychological effects can include euphoria, hallucinations and other perceptual distortions, alterations in cognition, and changes in mood. » (notre mise en évidence). *Id.* Voir aussi les définitions de l'EMA, EMA/CHMP/970057/2011, p. 23 ainsi que EMEA/CHMP/SWP/94227/2004, p.3. On notera que le terme « abus » a une connotation péjorative que les médecins aujourd'hui tentent d'éviter.

⁶² Pour une description complète de ce type d'études : voir point IV.D.3 de la *Guidance* citée à la note 55.

⁶³ Pour une description complète de ce type d'études : *Id.*, point IV.D.5.

⁶⁴ Par exemple, dans les précédentes études de phase 1 et 2, les participants peuvent avoir rapporté des hallucinations ou de l'euphorie. La FDA souligne : « Abuse-related AEs [adverse events] should be interpreted in the context of the proposed therapeutic indication of a drug. Thus, not all CNS-related AEs are equally relevant for purposes of abuse assessment. For example, an antidepressant that produces elevated mood or a sleep aid that produces somnolence in the absence of a clear euphoric signal is not likely to be interpreted from these AE data alone as having abuse potential. » *Id.*, point V.B.

fait chez des volontaires (représentatifs en termes de sexe et d'ethnicité⁶⁵) qui consomment de façon récréative des substances similaires⁶⁶. Ils reçoivent la substance ou un placebo, et sont surveillés tandis qu'ils décrivent les effets et leurs ressentis. Pour établir la dépendance physique, des volontaires sains reçoivent la substance sur une période prolongée puis interrompue de façon brusque. Cette manière de procéder peut sembler surprenante. La FDA précise tout de même que, si les risques sont trop grands, les résultats des études animales sont utilisés⁶⁷.

- c. Pour décider si la substance doit être mise sous contrôle, les données des études animales et humaines (volontaires) sont complétées par des données sur les effets secondaires (notamment les intoxications) constatés pendant les études cliniques et lors d'un éventuel suivi post-marketing⁶⁸.
- d. Aux Etats-Unis, la procédure se poursuit ensuite devant d'autres agences, principalement la Drug Enforcement Agency (DEA), compétente pour décider du classement des substances dans différents tableaux (*schedules*) selon le niveau de contrôle auquel elles sont soumises⁶⁹. Le risque d'abus est un des facteurs principaux pris en considération par la DEA pour la classification des substances⁷⁰.

⁶⁵ *Id.*, point V.C.2.

⁶⁶ Plus précisément, « HAP [human abuse potential] studies should be conducted in experienced recreational drug users who have a recent history of using drugs in the same general pharmacological class as the test drug (e.g., sedative, stimulant, opioid, or hallucinogen). Typically, subjects who qualify for the study have had numerous recent recreational experiences with the drug class. This drug history ensures that subjects are so familiar with the psychoactive effects of the drug class that they can both identify and tolerate the drug class. Ideally, subjects should prefer this drug class for recreational use. It is not recommended that drug-naïve subjects be used in HAP studies because this population has not been validated scientifically as being able to provide accurate information on the abuse potential of a drug ». *Id.*, point V.C.2.

⁶⁷ *Id.*, point V.E. Cf. également EDWARD M. SELLERS, Improving the Clinical Pharmacologic Assessment of Abuse Potential, Part 1: Regulatory Context and Risk Management, *Journal of Clinical Psychopharmacology* 38 (1), 2018, p. 16. Dans cet article, l'auteur recommande aux promoteurs d'effectuer avec prudence l'évaluation du potentiel de dépendance physique sur des volontaires sains, vu la faible valeur thérapeutique de ce genre d'étude et les problèmes éthiques et de sécurité qui se posent.

⁶⁸ Selon la FDA, ceux-ci incluent : « abuse-related information obtained from :

- Summaries of AEs reported during clinical studies, as detailed in drug labeling for a legally marketed drug (including English translations for labeling used in other countries)
- Drug abuse reports in the FDA's Adverse Events Reporting System (FAERS), company drug safety databases and World Health Organization (WHO) Vigibase
- Publicly available federally-funded HHS databases such as the National Survey on Drug Use and Health (NSDUH), the Treatment Episode Data Set (TEDS), and Monitoring the Future (MTF)
- Proprietary databases containing data on prescription drug abuse and diversion, or on entry into substance abuse treatment centers
- Databases reporting on drug abuse in state or local communities such as poison control centers, treatment programs, state boards of pharmacy, medical examiners, prison systems, syringe service programs, local departments of public health
- Databases containing information on drug diversion and drug seizures, such as the DEA's National Forensic Laboratory Information System (NFLIS)
- State or local law enforcement reports
- Scientific and medical literature
- Internet forums and social media sites through which drug experiences are reported and discussed ».

Id., p. 32. La pertinence de ces sources hétéroclites est toutefois délicate à apprécier. Cf. SELLERS (*supra* note 67), p. 17.

⁶⁹ Cf. DAVID V. GAUVIN et al., Current FDA regulatory guidance on the conduct of drug discrimination studies for NDA review : Does the scientific literature support recent recommendations ? *Drug and Alcohol Dependence* 168, 2016, p. 307–319. Cet article commente le projet de la *Guidance* citée à la note 55, publié en 2010.

⁷⁰ Titre 21 de l'United States Code, Controlled Substances Act, §811(b) et (c) ; *Guidance* citée à la note 55, point III.E.

[30] Une des conclusions importantes qui peut être inférée de ce document est que dès que le médicament *peut* être utilisé pour modifier l'état psychoactif de la personne d'une manière qui ne correspond *pas* à son indication thérapeutique autorisée, il y a *abus*. Autrement dit, pour la FDA, l'abus est défini *par opposition* à l'indication thérapeutique retenue par l'autorité sanitaire. Par exemple, si des antidépresseurs sont utilisés pour améliorer l'humeur, il n'y a pas d'« abus » à les consommer pour « se remonter le moral », même s'ils ont été obtenus sur le marché noir, car c'est bien l'usage admis. En revanche, s'ils pouvaient être fumés pour rester éveillé plus longtemps, l'usage deviendrait « abusif » du point de vue de l'autorité sanitaire. Dans le cas du zolpidem, un somnifère, son indication thérapeutique autorisée étant très étroite, les usages « abusifs » sont fréquents, puisque seul l'usage à court terme pour soigner l'insomnie passagère est admis ; il s'ensuit qu'une personne qui cherche à obtenir une dose élevée de zolpidem ou à le consommer pendant plusieurs semaines a déjà un usage « abusif ».

[31] Une fois que le potentiel d'abus a été évalué, la question suivante est de déterminer *l'ampleur et le type d'abus*, ce qui est déterminant pour choisir la classification de la substance. A ce stade, les critères pour retenir la classification dans un certain tableau (*schedule*) sont bien plus flous. C'est surtout la similarité avec des médicaments déjà classifiés qui semble acquérir alors un poids déterminant aux yeux de l'autorité américaine.

[32] L'agence européenne des médicaments (EMA), quant à elle, n'a pas pour l'heure adopté une directive générale valable sur le sujet⁷¹. C'est la raison pour laquelle la directive américaine a été retenue comme point de départ dans cet article. La sous-section suivante examine, sur la base des quelques documents disponibles, comment l'autorité suisse procède.

3.2. Procédure suisse de classification des substances

[33] En Suisse, Swissmedic, l'Institut suisse des produits thérapeutiques, est chargé d'évaluer les nouvelles substances, sous-entendu les nouvelles substances *psychoactives*⁷². Il formule une recommandation à l'attention du Département fédéral de l'intérieur (DFI)⁷³. Se fondant sur cette analyse, ledit Département décide d'adapter les tableaux (sur les tableaux, voir le point 3.3. *infra*) qui constituent les annexes à l'Ordonnance sur les tableaux des stupéfiants⁷⁴. Ces tableaux listent

⁷¹ Dans l'Union européenne, l'EMA a émis plusieurs directives ciblées sur une classe de produit, lesquelles contiennent parfois de brèves sections sur le potentiel de dépendance (ex. « *The potential for abuse/dependence and withdrawal effects needs to be justified for each specific drug. If there are any indications from mechanistic, non-clinical, early clinical or marketed data, then prospective assessment of abuse potential, dependence, and/or withdrawal effects should be performed. It is essential that trials have follow up examinations of a sufficient period to assess any potential withdrawal effects.* » Guideline EMA/CHMP/311805/2014). L'EMA a aussi émis une directive sur l'évaluation non-clinique du potentiel de dépendance (Guideline on the Non-Clinical Investigation of the Dependence Potential of Medicinal Products, EMEA/CHMP/SWP/94227/2004). En revanche, il n'existe pas de directive générale sur l'évaluation clinique de la dépendance.

⁷² Il s'agit principalement des « nouvelles substances psychoactives (*new psychoactive substances*, NPS) », soit « des substances de synthèse dont l'effet est semblable à celui des stupéfiants. On les appelle également *legal highs* (euphorisants légaux), *designer drugs* (drogues sur mesure) ou *research chemicals* (produits chimiques de recherche). De telles substances étaient jusqu'ici avant tout commercialisées en tant que drogues soi-disant légales, étant donné que jusqu'à présent elles ne figuraient pas encore dans les tableaux des stupéfiants. ». Swissmedic, Ajout de 35 nouvelles substances psychoactives au tableau des stupéfiants, communiqué de presse du 1^{er} mars 2018 (<https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/news/mitteilungen/betaebungsmittelverzeichnis-um-19-neue-psychoaktive-substanzen-ergaenzt.html>).

⁷³ Selon l'art. 7 OTStup-DFI sur l'actualisation des tableaux, « L'institut revoit régulièrement les tableaux en fonction de l'évolution internationale et des nouveaux dangers présumés et présente au DFI des demandes d'adaptation ».

⁷⁴ OTStup-DFI, RS 812.121.11.

les substances placées sous contrôle et déterminent le niveau de contrôle auquel ces substances sont soumises.

[34] Les adaptations des tableaux sont fréquentes. Ainsi, en mars⁷⁵ et en novembre 2018⁷⁶, 19, respectivement 16, substances individuelles ont été ajoutées; en décembre 2019, 13 nouvelles substances étaient incluses⁷⁷. Entre 2011 et fin 2019, « 241 substances individuelles et 10 groupes de substances (dérivés) ont été ajoutés aux tableaux des stupéfiants »⁷⁸.

[35] Depuis 2017, la Suisse collabore avec l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT) sur la base d'un accord de coopération intitulé « *Working Arrangement* »⁷⁹. Selon le DFI, l'OEDT fournit des données fiables et comparables au niveau européen sur les drogues, les addictions et leurs conséquences. Ces données servent de bases à l'Union européenne et à ses Etats membres pour fonder leurs décisions politiques et orienter leurs mesures de lutte contre la drogue⁸⁰. La Suisse peut ainsi participer « au système d'alerte rapide de l'OEDT sur les nouvelles substances psychoactives »⁸¹; l'accord permet également « aux experts suisses de prendre part aux groupes de travail thématiques de l'agence », sans pour autant que la Suisse ne devienne « formellement membre de l'OEDT ».

[36] L'analyse de Swissmedic se fonde généralement sur un principe de *similarité*⁸². Si la structure d'une nouvelle substance est similaire à une substance figurant déjà dans un tableau, la nouvelle y est placée également. Ceci vaut quand bien même « on ne sait ni comment elles interagissent avec d'autres substances, ni dans quelle mesure elles sont toxiques si elles sont absorbées de manière répétée, ni si elles peuvent entraîner une dépendance »⁸³. Comme écrit Swissmedic, « il convient de partir du principe que ces produits peuvent entraîner une dépendance et un abus »⁸⁴.

[37] En pratique, Swissmedic effectue une consultation d'experts, mais non une consultation publique. Elle adresse par courrier électronique aux milieux spécialisés un « rapport explicatif concernant l'adaptation de l'ordonnance du DFI sur les tableaux des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques »⁸⁵. Les « experts »⁸⁶ disposent d'une

⁷⁵ Swissmedic, communiqué de presse du 1^{er} mars 2018 (note 72).

⁷⁶ Swissmedic, Ajout de 16 nouvelles substances psychoactives au tableau des stupéfiants, communiqué de presse du 30 novembre 2018 (https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/news/mitteilungen/betaeubungsmittel-verzeichnis_um_16_neue_psychoaktive_substanzen_ergaenz.html).

⁷⁷ Swissmedic, Ajout de 13 nouvelles substances psychoactives au tableau des stupéfiants, communication du 3 décembre 2019 (<https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/news/mitteilungen/narcotics-list-extended-2019.html>).

⁷⁸ Id.

⁷⁹ OFSP, La Suisse intensifie la coopération avec l'Observatoire européen des drogues, communiqué de presse du 12 septembre 2017 ([https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/documentation/communiqués-de-presse.msg-id-68077.html](https://www.edi.admin.ch/edi/fr/home/documentation/communiqués-de-presse/msg-id-68077.html)).

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

⁸² Comment la similarité est appréciée n'est pas entièrement claire. Swissmedic semble faire référence à la similarité moléculaire. Swissmedic, communiqué de presse du 1^{er} mars 2018 (note 72).

⁸³ Id.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ Cf. p. ex. le rapport cité à la note 88.

⁸⁶ Swissmedic semble adresser ses documents avant tout aux organisations faitières, par exemple Interpharma, scienceindustries, le Groupement romand de l'industrie pharmaceutique GRIP, la Société suisse de médecine de l'addiction (SSAM), la Société suisse de médecine légale (SSML). Liste de distribution jointe à la lettre de Swissmedic du 17 octobre 2018 invitant des experts à prendre position sur la modification de l'OTStup-DFI. Ces documents ne sont pas publics, ils ont été adressés à l'un des auteurs de cette contribution.

trentaine de jours pour faire part de leurs observations par courrier électronique, sinon ils sont réputés accepter la proposition⁸⁷. Leurs commentaires ne sont pas rendus publics, ni même résumés. Le rapport de Swissmedic est plutôt concis (ex. 5 pages pour 14 substances). Ainsi, pour 10 substances placées dans le tableau d de l'OTStup-DFI, Swissmedic se borne à mentionner que la décision a été prise au niveau international par l'Expert Committee on Drug Dependence (ECDD) de l'OMS et la Commission des Stupéfiants des Nations Unies (United Nations Commission on Narcotic Drugs – CND)⁸⁸. Pour ces substances, l'analyse suisse effectuée par Swissmedic est donc limitée à la reprise des décisions prises au niveau international. Comme on le verra plus bas, sur la base des Conventions internationales, la Suisse est au demeurant obligée d'incorporer dans son droit les décisions de la CND (point 4 ci-dessous).

[38] L'analyse de Swissmedic est plus poussée dans le cas de la kétamine, médicament que l'ECDD (OMS) invitait instamment à *ne pas* soumettre à contrôle⁸⁹, ce afin d'éviter que l'accès à cette substance soit entravé dans les pays émergents. En effet, cet anesthésique figure dans la liste des médicaments essentiels de l'OMS et est couramment utilisé dans certains pays en développement. Swissmedic l'a pourtant placé dans le tableau b, s'écartant de cette recommandation sans même en faire mention. De manière quelque peu surprenante, sa prise de position se fonde sur les recommandations de l'Organe International de Contrôle des Stupéfiants (OICS ; en anglais International Narcotics Control Board – INCB)⁹⁰. Or, celui-ci n'est pas compétent pour décider (ou recommander) de soumettre une substance à contrôle (cf. *infra* la sous-section 4.2)⁹¹. Swissmedic

⁸⁷ « Ohne Ihren Bericht bis zum genannten Zeitpunkt gehen wir davon aus, dass Sie mit dem Entwurf einverstanden sind. ». Lettre de Swissmedic du 17 octobre 2018 invitant des experts à prendre position sur la modification de l'OTStup-DFI (cf. note précédente), p. 2.

⁸⁸ « Ces substances ont toutes été placées sous contrôle international en 2018. L'étude réalisée par le Comité d'experts de la pharmacodépendance (ECDD – Expert Committee on Drug Dependence) de l'OMS à l'aune d'une analyse scientifique détaillée recommandait en guise de conclusion de soumettre ces substances à un contrôle international, une recommandation que la Commission des stupéfiants des Nations Unies (CND) a décidé de suivre. » Swissmedic, Rapport explicatif du 17 octobre 2018 concernant l'adaptation de l'OTStup-DFI, p. 4, joint à la lettre de Swissmedic du 17 octobre 2018 invitant des experts à prendre position sur la modification de l'OTStup-DFI (cf. note 86).

⁸⁹ L'ECDD a examiné à trois reprises si la kétamine devait être soumise à contrôle (en 2006, 2012 et 2014). Elle a conclu à chaque fois que ce n'était pas le cas (ECDD, 36th report, 2015, p. 5 et 43). Cependant, la Chine a déposé une notification visant à soumettre cette substance à contrôle international (Commission on Narcotic Drugs, Fifty-eighth session Vienna, 9–17 March 2015 Changes in the scope of control of substances, Note by the Secretariat (E/CN.7/2015/7). Cette situation a soulevé le débat d'un possible classement de la kétamine en tant que substance soumise à contrôle, contre l'avis de l'ECDD (cf. Commission on Narcotic Drugs, Fifty-eighth session Vienna, 9–17 March 2015, Legal opinion from the Office of Legal Affairs of the Secretariat Note by the Secretariat (E/CN.7/2015/14)). La CND a finalement décidé de reporter un éventuel vote sur le classement de la kétamine et de continuer à collecter des données sur la substance, notamment de la part de l'OMS (CND, Decision 58/2 (2015)).

⁹⁰ « Au vu de la multiplication des usages abusifs dans certaines régions, l'OICS (Organe international de contrôle des stupéfiants) demande instamment aux gouvernements dans son alerte de décembre 2017 (Alert on Control of Psychotropic Substances) d'envisager de placer la kétamine sous contrôle national en fonction de la situation. L'OICS suggère par ailleurs de mettre en place un contrôle des importations et des exportations, et insiste également sur la nécessité de sécuriser l'accès à la kétamine lorsque l'usage qui en est prévu est d'ordre médical ou scientifique. ». Swissmedic, Rapport explicatif du 17 octobre 2018 concernant l'adaptation de l'OTStup-DFI, p. 3, joint à la lettre de Swissmedic du 17 octobre 2018 invitant des experts à prendre position sur la modification de l'OTStup-DFI (cf. note 86).

⁹¹ L'OICS/INCB est uniquement compétent pour recommander de soumettre un précurseur au contrôle de la Convention de 1988. Il n'a pas de compétence de recommandation ou de décision pour les substances régies par les Conventions de 1961 et de 1971.

cite aussi la pratique d'autres pays, sans dire en quoi celle-ci serait pertinente⁹². Il mentionne des abus en Suisse, mais sans source et sans décrire le type ou l'ampleur de ces abus⁹³.

[39] En fin de procédure, la décision du DFI ne fait l'objet d'aucune motivation publique. Un communiqué de presse se limite à signaler la révision de l'ordonnance⁹⁴. Le DFI généralement reprend telle quelle la recommandation de Swissmedic, car il s'agit d'une appréciation hautement technique. Toutefois, il aurait la faculté de s'en écarter si des motifs fondés le justifiaient⁹⁵.

[40] En guise de conclusion intermédiaire, la procédure suivie par Swissmedic et par le DFI nous semble insuffisamment motivée et insuffisamment transparente. L'impression qui s'en dégage est que la Suisse se contente de suivre les positions exprimées à l'international, en particulier celles de l'ECDD, l'OMS, la CND et l'OICS; lorsque les autorités suisses admettent des exceptions, elles n'expliquent pas leur choix. Certes, la Suisse est, en principe, tenue d'obtempérer à la classification décidée par la CND; elle ne l'est en revanche pas lorsqu'il s'agit uniquement d'une recommandation de l'OICS.

[41] Il est regrettable que la procédure suisse renseigne si peu sur le potentiel d'abus et de dépendance⁹⁶. Les milieux concernés suisses sont privés d'un canal pour s'informer sur les risques réels ou estimés de la substance. S'ils souhaitent se renseigner davantage, ils sont contraints de le faire sur le site d'autorités étrangères ou internationales.

3.3. Classification en sept tableaux

[42] Le législateur suisse, se calquant sur le droit conventionnel examiné au chapitre 4 *infra*, a « dépassé » les problèmes susmentionnés afférents aux définitions en recourant à la notion de tableaux. En pratique, une substance est soumise à la LStup et à ses ordonnances à partir du moment où elle se trouve listée dans un des tableaux établis par le DFI (art. 3 OCStup). Cette disposition recourt d'ailleurs au terme « substance soumise à contrôle », évitant ainsi d'employer le terme

⁹² « La kétamine est utilisée de manière abusive dans de nombreux pays, notamment en Amérique du nord, centrale et du sud, ainsi qu'en Extrême-Orient, en Asie du sud-est et en Océanie. Par conséquent, plus de 70 pays ont édicté des mesures de contrôle, surtout au niveau des importations et des exportations. [...] Compte tenu de l'ampleur des abus dans certaines régions, plus de 70 pays ont déjà pris des mesures de contrôle pour les importations et les exportations en particulier ». Swissmedic, Rapport explicatif du 17 octobre 2018 concernant l'adaptation de l'OTStup-DFI, p. 3–4, joint à la lettre de Swissmedic du 17 octobre 2018 invitant des experts à prendre position sur la modification de l'OTStup-DFI (cf. note 86).

⁹³ « En Suisse aussi, l'on observe de plus en plus de cas d'utilisations abusives de la kétamine. » *Id.*, p. 3.

⁹⁴ Cf. *supra* note 72, 76, 77.

⁹⁵ Réponse fournie par email par l'OFSP en date du 5 octobre 2020.

⁹⁶ C'est d'autant plus regrettable que le potentiel d'abus, même avec des médicaments autorisés, semble important en Suisse. Sur la page de Praticien Addiction Suisse, on y lit : « La mauvaise utilisation des médicaments est largement répandue mais demeure mal étudiée et rarement abordée. En Suisse, plus de 400 000 adultes prennent chaque jour des médicaments de manière potentiellement abusive. Il s'agit notamment de

- médicaments psychotropes, comme les tranquillisants, les somnifères et les stimulants comme le méthylphénidate, mais également

- de médicaments contre la douleur, notamment les opioïdes, les antitussifs, les stimulants, les amincissants ainsi que les régulateurs de transit intestinal.

Selon une estimation générale, 60 000 personnes présentent une dépendance aux médicaments en Suisse. Les benzodiazépines représentent la majorité des médicaments entraînant une dépendance. La dépendance aux benzodiazépines occupe la troisième place après la dépendance à la nicotine et à l'alcool », sous <https://praxis-suchtmedizin.ch/praxis-suchtmedizin/index.php/fr/médicaments>. Voir aussi, ΧΗΥΛΕΤΑ ΛΥΤΑ *et al.*, Patterns of benzodiazepine prescription among older adults in Switzerland : a cross-sectional analysis of claims data, *BMJ Open* 10 (1), 2020.

« stupéfiant » ou « psychotrope ». La classification dans un des sept tableaux de l'OTStup-DFI se fait indépendamment d'un quelconque effet ou classe de molécules. Ces tableaux ne sont pas basés sur les classes de substances définies à l'art. 2 LStup (définitions ; cf. *supra* 2.2), mais dans une certaine mesure sur le niveau de risque. On y trouve par exemple des substances qui n'entrent pas clairement dans une catégorie ou dans une autre, par exemple la kétamine. Les substances sont énoncées dans chaque tableau par ordre largement alphabétique. L'annexe 1 OTStup-DFI récapitule les 4 premiers aussi par ordre alphabétique.

Aperçu des 7 tableaux

Ta- bleau	Intitulé, bases légales et annexes	Nombres (janvier 2021)	Exemples ⁹⁷
a	« substances soumises à contrôle soumises à toutes les mesures de contrôle », art. 3 al. 2 let. a-d OCStup, art. 2 al. 1 OTStup-DFI et son Annexe 2	Env. 150	<ul style="list-style-type: none"> - opioïdes : p.ex. : morphine, méthadone, codéine (sous réserve tableau c), fentanyl, oxycodone, buprénorphine⁹⁸, hydrocodone, opium (sous réserve du tableau c) - amphétamines et substances analogues, dont métamphétamine et méthylphénidate - cocaïne et feuilles de coca - benzylpipérazine (BZP)
b	« substances soumises à contrôle soustraites partiellement aux mesures de contrôle », art. 3 al. 2 let. b OCStup, art. 2 a. 1 OTStup-DFI et son Annexe 3	Env. 80	<ul style="list-style-type: none"> - benzodiazépines : p.ex. : clonazepam, midazolam, lorazépam - Z-Drugs : zolpidem (mais <i>pas</i> zopiclone !) - barbituriques : barbital, pentobarbital - aminorex (autrefois un médicament) - kétamine - cathine (dérivé de la plante khat) - pémoline (autrefois un médicament)

c	« Substances soumises à contrôle pouvant exister en concentration réduite dans des préparations et pouvant être soustraites partiellement aux mesures de contrôle » art. 3 al. 2 let.c OCStup et art. 2 al. 1 OTStup-DFI et son Annexe 4	7	Préparations contenant des opioïdes, dont la quantité est limitée - p.ex. : codéine lorsqu'elle n'excède pas 100mg par unité de prise ou que la concentration n'excède pas 2.5% ; préparations qui contiennent de l'opium si elles ne dépassent pas 0.2% de morphine ainsi qu'un ou plusieurs autres composants ne permettant pas l'extraction.
d	« Substances soumises à contrôle qui sont prohibées » ; art. 8 al. 1 LStup, art. 3 al. 2 let. d OCStup, art. 2 al. 1 OTStup-DFI et son Annexe 5	env. 250	<ul style="list-style-type: none"> - opioïdes synthétiques : p.ex. : acétylfentanyl - diacétylmorphine (héroïne) - cannabinoïdes : Cannabis, à savoir plante de chanvre ou partie présentant une teneur totale moyenne en THC de 1% au moins, dronabinol, THC, DMHP - cathinone et cathinone de synthèse (p.ex. :2-aminopropiophérone) - LSD - alkaloids : ibogaine, mescaline, champignons hallucinogènes des genres conocybe, panaeolus, psilocybe et stropharia - MDMA - sauge divinatoire - amphétamines : p.ex. : DMA , DOB, DOET, DOM, 1-(4-fluorophényl)propan-2-amin, 4-MTA - dérivés de la pipérazine : p.ex. : <i>m</i>-chlorophénylpipérazine

e	« Matières premières et produits ayant <i>un effet supposé similaire</i> à celui des substances et des préparations au sens de l'art. 7 al. 1 LStup et soumis aux mesures de contrôle des stupéfiants figurant dans le tableau a » ; art. 3 al. 2 let. e OCStup ; art. 2 al. 2 OTStup-DFI et son annexe 6	Env. 250	Substances dérivées (i.e. modifiées chimiquement à partir) d'une précédente SSC : - celles dérivées du 2-amino-1-phenyl-1-propanon (cathinones), en raison de certaines modifications spécifiées dans l'OTStup-DFI - celles dérivées de l'amine de l'acide lysergique (avec certaines exceptions), en raison de certaines modifications spécifiées dans l'OTStup-DFI - meclonazepam (dont l'effet est similaire au clonazepam qui figure au tableau b)
f	« Précurseurs avec mention de la quantité qui implique un contrôle au sens de la présente ordonnance » ; art. 3 al. 2 let. f OCStup ; art. 2 al. 3 OTStup-DFI et son Annexe 7	38	- éphedrine (substance utilisée notamment pour produire la cathine, classée sous tableau « a » ainsi que la cathinone, classée sous « d ») - piperonal - ergotamine - acide lysergique (i.e. substance qui peut être utilisée pour faire du LSD, substance classée sous « d », ou qui peut être utilisée pour faire des substances similaires classées sous « e »)
g	« Adjuvants chimiques avec mention des pays cibles et de la quantité qui impliquent un contrôle » art. 3 al. 2 let. g OCStup ; art. 2 al. 4 OTStup-DFI et son Annexe 8	6	- acide chlorhydrique à partir de 100 kg ; - acide sulfurique à partir de 100 kg ; - acétone à partir de 50 kg ; - diéthyléther à partir de 20 kg ; - méthyléthylcétone à partir de 50 kg ; toluène à partir de 50 kg et seulement pour certains pays cibles (ex. Bolivie ; Équateur ; Turquie ; Chili ; Mexique ; Venezuela ; Colombie ; Pérou)

[43] L'approche par tableau a le mérite d'être simple. En revanche, pour un domaine du droit où les conséquences peuvent être multiples et lourdes (droit pénal, droit administratif, droit civil, libertés fondamentales), on peut être surpris que le DFI ait l'autorité de décider seul ce qui doit être prohibé. En effet, les tableaux n'expliquent pas les *raisons* de la classification de la substance. Par exemple, l'ibogaine ou la cathinone sont mentionnées en isolation dans le tableau d, sans un mot sur leurs effets reconnus ou supposés (hallucinogène pour le premier, soi-disant stimulant pour le second). Si aucune substance ne figure dans deux tableaux à la fois, en revanche, certaines « bases » ont des dérivés qui figurent chacun dans différents tableaux (par ex. acide lysergique, LSD, dérivés du LSD ; éphedrine, cathine, cathinone, dérivés de la cathinone). Des connaissances pharmacologiques poussées, qui ne sont généralement pas celles des médecins praticiens, sont nécessaires pour interpréter correctement ces différents tableaux.

[44] De surcroît, la classification par tableau semble faire référence implicitement à une gradation du risque, puisque certaines substances sont censément entièrement prohibées, tandis que d'autres au contraire sont soumises à un régime de surveillance nettement allégé. Pourtant, leur risque n'est pas forcément différent. Regrettablement, dans sa démarche, le DFI ne fournit aucune indication sur le niveau de risque concret ni d'ailleurs la manière de le jauger abstraitement. Par ailleurs, même dans les substances censément totalement prohibées, on trouve de très larges exceptions, puisque l'OFSP peut accorder des dérogations à des médicaments et le fait régulièrement. Par exemple, chaque année l'OFSP accorde *quelques* milliers d'autorisations exceptionnelles, pour des médicaments à base de cannabinoïdes sous forme d'huile, spray, teintures⁹⁹, pourtant une substance du tableau d.

[45] Dès lors, l'approche par tableau recèle un haut potentiel *d'arbitraire*, puisqu'il est impossible de contrôler l'intérêt public et *a fortiori* la proportionnalité de la mesure. Il n'y a aucune voie de droit possible contre une inclusion dans un tableau. Il n'y a pratiquement aucune publicité quant à la décision et à la procédure d'inclusion. On se rend compte du degré d'arbitraire en songeant que le DFI pourrait théoriquement décider d'inclure la caféine (à haute dose) dans un tableau. Bien sûr, un recourant pourrait s'adresser aux tribunaux en plaidant que le DFI doit s'inspirer de la définition de stupéfiant ou de psychotrope pour procéder à sa classification, mais vu la nature technique de la décision, il y a tout lieu de penser que les tribunaux accorderaient une ample marge d'appréciation à l'autorité administrative et ferait preuve de réserve dans leur examen.

[46] Compte tenu que la classification entraîne des sanctions administratives et pénales qui peuvent être très lourdes, il serait justifié que la clé de voûte du système fasse l'objet d'explications plus détaillées. Dans le système actuel, du jour au lendemain, un consommateur peut se voir interdire, sous peine de prison, l'usage d'une substance qu'il prenait depuis une longue période, sans la moindre explication sur les raisons de cette pénalisation soudaine en droit suisse.

⁹⁷ Le choix et la classification des exemples ont été établis avec l'aide de Mme Caroline Schmitt-Koopmann, titulaire d'un master en sciences pharmaceutiques. Toutefois, cette classification reste hautement sujette à discussion, les catégories et leurs frontières respectives n'étant pas forcément claires même pour les professionnels du secteur.

⁹⁸ Sur l'utilité de la buprénorphine dans les traitements du syndrome de dépendance, voir MELDON KAHAN *et al.*, Buprénorphine, New treatment of opioid addiction in primary care, *Canadian Family Physician*, 57 (3), 2011, p. 281–289.

⁹⁹ Sur son site Internet, l'OFSP indique avoir délivré, en 2019, près de 3'000 autorisations exceptionnelles (<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/heilmittel/med-anwend-cannabis/gesetzes-aenderung-cannabisarzneimittel.html>). La Fiche d'information de l'OFSP intitulée « modification de la loi sur les stupéfiants : Médicaments à base de cannabis » du 24 juin 2020 précise : « Au total, près de 15 000 autorisations exceptionnelles ont été octroyées entre 2012 et 2019 (près de 9200 pour une première autorisation et plus de 5700 pour une prolongation de traitement) ».

4. Le rôle des conventions internationales

4.1. Exposé

[47] Si le DFI classe les substances dans un tableau, il le fait le plus souvent pour mettre en œuvre les décisions prises au niveau international par la CND (pour rappel : Commission des stupéfiants des Nations Unies ; United Nations Commission on Narcotic Drugs)¹⁰⁰. En effet, cet organe de l'Organisation des Nations Unies est compétent pour adapter les Tableaux des Conventions de 1961 (Convention unique)¹⁰¹, 1971¹⁰² et 1988¹⁰³. Les substances inscrites sur ces Tableaux sont qualifiées soit de stupéfiants (Tableaux I à IV de la Convention de 1961), soit de psychotropes (Tableau I à IV de la Convention de 1971), soit encore de précurseurs (Tableau I et II de la Convention de 1988)¹⁰⁴. La Suisse ayant adhéré à ces trois Conventions, en vigueur dans notre pays depuis respectivement 1970, 1996 et 2005, elle doit intégrer dans son droit les décisions de la CND en matière de classification des substances dans les différents Tableaux¹⁰⁵.

[48] Le processus d'inscription d'une nouvelle substance dans un de ces Tableaux ou de modification des Tableaux est légèrement différent selon la Convention applicable¹⁰⁶. On s'intéressera ici avant tout aux substances désignées comme stupéfiants par la Convention de 1961 et à celles désignées comme psychotropes par la Convention de 1971, laissant de côté les précurseurs, lesquels ne sont quasiment jamais des médicaments.

[49] Aucune de ces deux conventions ne donne une définition du stupéfiant, respectivement du psychotrope, si ce n'est de manière quasi-tautologique : un stupéfiant (un psychotrope) est ce qui est inscrit dans les tableaux des stupéfiants (des psychotropes)¹⁰⁷.

¹⁰⁰ La Suisse est aussi influencée par la pratique des autorités de l'Union européenne (cf. par exemple Rapport explicatif sur l'adaptation de OTStup-DFI du 27 février 2014, p. 1). Elle suit de près les travaux de l'EMCDDA. Une analyse exhaustive impliquerait de commenter aussi le système parallèle et dense érigé par l'Union européenne. Toutefois, pour des raisons de place, il y a été renoncé ici.

¹⁰¹ Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (RS 0.812.121, citée CU). Cette convention a été amendée par le protocole du 25 mars 1972 (RS 0.812.121.01). Elle a notamment abrogé les précédentes conventions de 1012, 1925 et de 1931 (voir son art. 44). Pour un aperçu historique, voir le Message du Conseil fédéral du 9 avril 1951, FF 1951, p. 841 et ss.

¹⁰² Convention du 21 février 1971 sur les substances psychotropes (RS 0.812.121.02, citée C1971).

¹⁰³ Convention du 20 décembre 1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (RS 0.812.121.03, citée C1988).

¹⁰⁴ Les dernières versions des tableaux sont publiées par l'OICS sur son site. Cf. Liste des stupéfiants placés sous contrôle en vertu de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 et du Protocole du 25 mars 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 58^e édition, août 2019 (Liste jaune) ; Liste des substances psychotropes placées sous contrôle international établie conformément à la Convention sur les substances psychotropes de 1971, 30^e édition, 2019 (Liste verte) ; Liste des précurseurs et des substances chimiques fréquemment utilisés dans la fabrication illicite de stupéfiants et de substances psychotropes placés sous contrôle international établie conformément à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, 17^e édition, janvier 2020 (Liste rouge).

¹⁰⁵ Art. 3 al. 7 CU ; art. 2 al. 7 C1971 et art. 12 al. 6 C1088 ; art. 2a et 3 al. 1 et 2 LStup ; art. 7 OTStup-DFI. Les art. 2a et 3 al. 1 et 2 LStup prévoient que le DFI et le Conseil fédéral se fondent « en principe sur les recommandations des organisations internationales compétentes ». Cette formulation prête toutefois à confusion, les conventions internationales ratifiées par la Suisse étant contraignantes et les organes internationaux compétents n'émettant pas que des simples « recommandations ». Cf. GUSTAV HUG-BEELI, *Betäubungsmittelgesetz (BetmG) -Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951*, Bâle 2015, art. 2a N. 55-60.

¹⁰⁶ Comparer les articles 3 CU ; 2 C1971 et 12 C1988.

¹⁰⁷ Art. 1 al. 1 let. j CU ; art. 1 let. e C1971.

[50] Le processus d'inscription permet toutefois de mieux cerner cette notion. Dans un cas comme dans l'autre, le processus peut être débuté par l'OMS ou par un Etat membre des Conventions¹⁰⁸. Une partie substantielle du travail préalable est menée par l'OMS, plus particulièrement par une commission d'experts sur la dépendance (Comité d'experts sur la pharmacodépendance de l'OMS ; WHO Expert Committee on Drug Dependence, ECDD)¹⁰⁹. Ce comité est composé de personnes choisies sur la base de leurs savoirs et expériences médicales. Elles doivent être indépendantes et communiquer leurs éventuels conflits d'intérêt¹¹⁰.

[51] L'ECDD évalue¹¹¹ chaque nouvelle substance ou chaque substance déjà inscrite mais réexaminée sur la base de critères définis dans la *Guidance on the WHO review of psychoactive substances for international control*. Celle-ci énumère les différentes sections que l'évaluation de l'ECDD doit contenir¹¹². L'évaluation se fonde sur des études scientifiques sur l'animal ou sur l'homme, mais également des dossiers de police (notamment les saisies)¹¹³. L'ECDD utilise également les résultats d'un questionnaire envoyé aux Etats membres, qui permet de collecter des données sur l'usage licite de la substance, les risques d'abus, le statut réglementaire et les conséquences d'un contrôle au niveau international de la substance concernée. Une partie de l'évaluation est consacrée au potentiel de dépendance de la substance et à son risque d'abus. Une autre partie se penche sur l'existence et l'importance d'un usage licite, principalement comme médicament (par ex. kétamine¹¹⁴, préparations de codéine¹¹⁵). L'ECDD peut faire appel à des experts externes¹¹⁶. Par ailleurs, son évaluation est soumise à un « peer-review » sous la surveillance de l'OMS pour s'assurer qu'il soit de la plus haute qualité¹¹⁷.

[52] L'évaluation est ensuite discutée lors de la session annuelle de l'ECDD, et une recommandation de classification est adoptée. A l'issue de cette rencontre, un rapport est publié, contenant un résumé pour chaque substance¹¹⁸ et la recommandation émise par l'ECDD en faveur ou contre

¹⁰⁸ Art. 3 al. 1 CU ; 2 al. 1 C1971.

¹⁰⁹ Art. 3 al. 3 let. iii ; al. 4 et 5 CU ; art. 2 al. 4 C1971.

¹¹⁰ Cf. OMS, *Guidance on the WHO review of psychoactive substances for international control*, 2010, p. 13, N 31 et p. 14, N 40–41. Ce document renvoie à OMS, *Regulations for expert advisory panels and committees*, p. 105, N 3.2, p. 107, N 4.6 et p. 109, N 4.21. Pour un exemple de publication des conflits d'intérêts des experts de l'ECDD, cf. OMS, WHO Expert Committee on Drug Dependence, Fortieth report, p. 3–4.

¹¹¹ L'ECDD commence généralement par effectuer un « *pre-review* », puis poursuit éventuellement par un « *critical review* ». Le premier sert à déterminer s'il existe suffisamment de données scientifiques fiables pour examiner la substance. Si tel est le cas, l'ECDD peut effectuer un « *critical review* » lequel doit permettre d'articuler une recommandation, tant sur le principe d'une classification que sur le tableau à retenir. OMS, *Guidance on the WHO review of psychoactive substances for international control*, 2010, p. 10–12, N 14–28.

¹¹² Les sections sont les suivantes : *Substance identification ; Chemistry ; Ease of convertibility into controlled substances ; General pharmacology ; Toxicology ; Adverse reactions in Human ; Dependence potential ; Abuse potential ; Therapeutic application and extent of therapeutic use and epidemiology of medical use ; Listing on the WHO Model List of Essential Medicines ; Marketing authorizations (as a medicinal product) ; Industrial use ; Non-medical Use, abuse and dependence ; Nature and magnitude of public health problems related to misuse, abuse and dependence ; Licit production, consumption and International trade ; Illicit manufacture and traffic and related information ; Current international controls and their impact ; Current and past national controls ; Other medical and scientific matters relevant for a recommendation on the scheduling of the substance*. *Id.*, p. 11, N 23.

¹¹³ *Id.*, p. 10, N 13.

¹¹⁴ OMS, Ketamine (INN), Update Review Report, Expert Committee on Drug Dependence, 37th Meeting, Geneva 16–20 November 2015.

¹¹⁵ OMS, Pre-Review Report, Preparations of codeine listed in Schedule III of the 1061 Single Convention on narcotic Drugs, Expert Committee on Drug Dependence, 42th Meeting, Geneva 21–25 October 2019.

¹¹⁶ OMS, *Guidance on the WHO review of psychoactive substances of international control*, 2010, p. 14, N 40–41.

¹¹⁷ *Id.*, p. 12 N 26 ; annexe 3, p. 31 N 22.

¹¹⁸ *Id.*, p. 18 N 60.

une classification comme stupéfiant, respectivement comme psychotrope¹¹⁹. Le rapport publié à l'issue de la session indique également dans quel tableau la substance devrait, cas échéant, figurer¹²⁰. Il n'y a pas de rapport de minorité : si les membres de l'ECDD ne parviennent pas émettre une recommandation, ils peuvent demander qu'une nouvelle évaluation, suivie d'une recommandation, soit émise lors d'un prochain comité d'expert¹²¹.

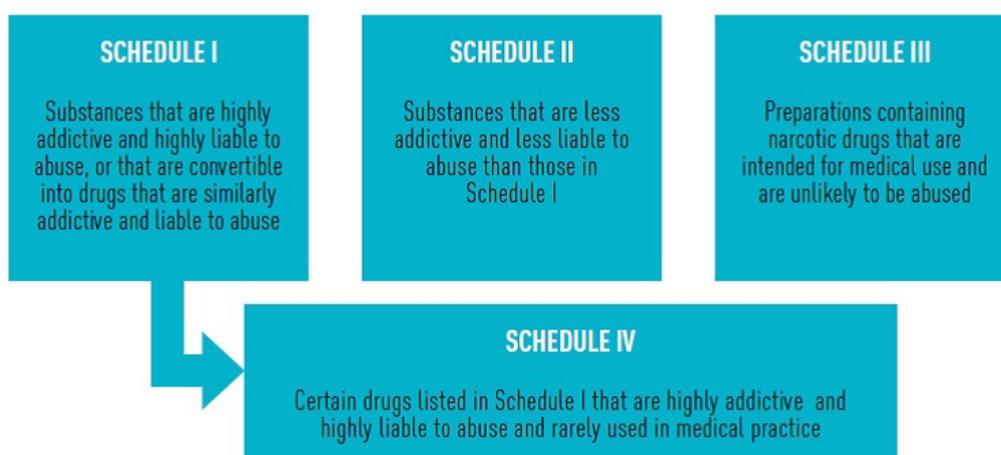


Table 1 : Possibilité de classement dans les différents Tableaux (*Schedules*) de la Convention de 1961

Source : UNODC, *Scheduling procedures under the international drug control conventions*, Vienna, 2020, p. 8.

¹¹⁹ Art. 3 al. 3 let. iii; al. 4 et 5 CU; art. 2 al. 4 C1971.

¹²⁰ Les art. 3 al. 3 let. iii, al. 4 et 5 CU détaillent les critères pour la classification selon cette convention. Pour la C1971, cf. art. 2 al. 4 C1971. Pour l'interprétation des notions des articles 3 CU et 2 C1971, voir les Commentaires sur les conventions de 1961 (p. 83, 88, 91) et de 1971 (p. 51–65 et 69–70). Les Tables 1 et 2 sont un résumé des articles précités.

¹²¹ OMS, *Guidance on the WHO review of psychoactive substances for international control*, 2010, p. 18, N 59. Idéalement, la nouvelle « *critical review* » et la recommandation de classification devraient être produites lors de la même session de l'ECDD. L'ECDD peut toutefois décider de rendre une décision finale lors d'une session ultérieure, s'il estime que des informations complémentaires sur la substance doivent encore être récoltées (ECDD, 34th report, 2007, p. 17–18).

1971 Convention on Psychotropic Substances

SCHEDULE I	SCHEDULE II	SCHEDULE III	SCHEDULE IV
Drugs presenting a high risk of abuse, posing a particularly serious threat to public health with little or no therapeutic value (e.g. LSD, MDMA, cathinone)	Drugs presenting a risk of abuse, posing a serious threat to public health, which are of low or moderate therapeutic value (e.g. dronabinol, amphetamines)	Drugs presenting a risk of abuse, posing a serious threat to public health, which are of moderate or high therapeutic value (e.g. barbiturates, buprenorphine)	Drugs presenting a risk of abuse, posing a minor threat to public health, with a high therapeutic value (e.g. tranquilizers, including diazepam)

Table 2 : Possibilité de classement dans les différents Tableaux (*Schedules*) de la Convention de 1971, du plus strict (I) au moins strict (IV)

Source : CHRISTOPHER HALLAM *et al.*, *Scheduling in the international drug control system*, *Transnational Institute (membre de l'International Drug Policy Consortium), Series on Legislative Reform et Drug Policy no. 25, Juin 2014, p. 5.*

[53] Une fois le rapport achevé, l'ECDD le transmet au Directeur Général de l'OMS, qui décide de sa publication¹²². A son tour, le Directeur Général le communique au Secrétaire Général de l'ONU puis à la CND, qui l'analyse¹²³. A teneur de la Convention de 1961, la CND peut uniquement suivre ou refuser de suivre la recommandation de l'ECDD¹²⁴. En revanche, à teneur de celle de 1971, bien que tenue de se fonder sur le rapport de l'ECDD s'agissant des aspects médicaux et scientifiques¹²⁵, la CND peut incorporer à l'appréciation de cette dernière d'autres aspects, notamment économiques, sociaux, juridiques, administratifs¹²⁶. Au regard de la Convention de 1971, elle peut de surcroît s'écarter du Tableau recommandé par l'OMS¹²⁷. La CND décide à la majorité simple lorsqu'elle applique la Convention de 1961 (majorité des voix présentes et exprimées, sans compter les abstentions), tandis que sous l'empire de la Convention de 1971, c'est la règle de la majorité des deux tiers de toutes les voix qui prévaut¹²⁸.

¹²² OMS, *Guidance on the WHO review of psychoactive substances of international control*, p. 18 N 60.

¹²³ Le Directeur Général de l'OMS a la possibilité de demander que le rapport soit modifié s'il pense que certains de ses éléments peuvent être préjudiciables aux intérêts de l'OMS ou d'un d'Etat membre. Toute divergence de vues entre le Directeur Général et le président du comité doit être annoncée au Conseil exécutif de l'OMS. OMS, *Regulations for expert advisory panels and committees*, p. 108, N 4.13 et 4.14.

¹²⁴ Art. 4 al. 6 CU.

¹²⁵ Nations Unies, *Commentaires sur la Convention sur les substances psychotropes (E/CN.7/589)*, janvier 1978, p. 78.

¹²⁶ Art. 2 al. 5 C1971.

¹²⁷ Nations Unies, *Commentaires sur la Convention sur les substances psychotropes (E/CN.7/589)*, janvier 1978, p. 80. Dans le cadre des débats sur la classification de la kétamine (cf. *supra* note 89), le bureau des affaires juridiques du Secrétariat l'ONU a rendu un avis de droit concluant que la CND était compétente pour inclure une substance dans les tableaux de la C1971, contre l'avis de l'OMS (qui recommandait de ne pas soumettre cette substance à contrôle). CND, *Avis juridique du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat (E/CN.7/2015/14)*, 20 février 2015. Cet avis a été critiqué, notamment parce qu'il ne prenait pas en compte tous les passages pertinents du commentaire sur la C1971. WILLEM SCHOLTEN, *Extended Fact Sheet on ketamine scheduling*, Ref :2015/8, p. 2.

¹²⁸ Règle 58 des règles de procédure sous l'égide la Convention de 1961 ; articles 2 et 17(2) de la Convention de 1971 ; article 12(5) de la Convention de 1988.

[54] La décision de la CND est finale sauf si un Etat partie à la convention demande son examen par le Conseil économique et social des Nations Unies¹²⁹. Dans ce cas, le Conseil se prononce de manière finale¹³⁰. A teneur de la Convention de 1971, un Etat a toutefois la possibilité de refuser de mettre en œuvre la décision de la CND s'il peut faire valoir et motiver des circonstances exceptionnelles¹³¹.

[55] Depuis 2000, une quarantaine de substances ont fait l'objet d'une recommandation en application de la Convention de 1961 et de celle de 1971¹³². La procédure s'étend souvent sur plusieurs années¹³³. Il n'a pas été possible de trouver des statistiques sur le nombre de fois où la CND s'est écartée de la recommandation de l'OMS/ECDD ou sur le nombre de fois où le Conseil s'est écarté de la décision de la CND¹³⁴. De prime abord, ceci serait très rare.

¹²⁹ Art. 3 al. 8 CU ; art. 2 al. 8 C1971.

¹³⁰ Il peut confirmer, modifier ou annuler la décision de la CND. Cf. art. 3 al. 8 let. c CU ; art. 2 al. 8 let. c C1971.

¹³¹ Art. 2 al. 7 C1971. Voir les explications détaillées dans CHRISTOPHER HALLAM et al., *Scheduling in the international drug control system*, Transnational Institute (membre de l'International Drug Policy Consortium), *Series on Legislative Reform of Drug Policies* no. 25, Juin 2014, p. 11.

¹³² Voir les graphiques de E. DANENBERG et al., *Modernizing methodology for the WHO assessment of substances for the international drug control conventions*, *Drug and Alcohol Dependence* 131(3), 2013, p. 175–181.

¹³³ « *Such a delay is long compared to the rapid developments related to substance misuse* ». Id.

¹³⁴ Dans le cas du dronabinol (un isomère du THC), l'ECDD recommandait en 2006 un classement de la substance dans le tableau III de la C1971, afin de faciliter son usage médical, en particulier comme traitement des nausées des personnes atteintes du HIV/SIDA et des cancéreux sous chimiothérapie. En 2007, la CND a refusé de voter sur cette recommandation, bloquant le reclassement du dronabinol. En 2014, la CND a finalement voté sur la classification du dronabinol, refusant son déclassement dans le tableau III. Le dronabinol reste classé, au niveau international, dans le tableau II de la C1971. En 2018, l'ECDD a publié une nouvelle recommandation : elle estime que le dronabinol devrait être classé dans le tableau I de la C1961 (changement de convention applicable). Pour plus de détails, cf. WHO Expert Committee on Drug Dependence, *Forty-first report*, p. 45–47 ; HALLAM *et al.* (cf. note 131), p. 11–12. Le 2 décembre 2020, la CND a rejeté la recommandation de l'OMS. Cf. CND, *Press Statement – 2 December 2020, CND votes on recommendations for cannabis and cannabis-related substances*, p. 1.

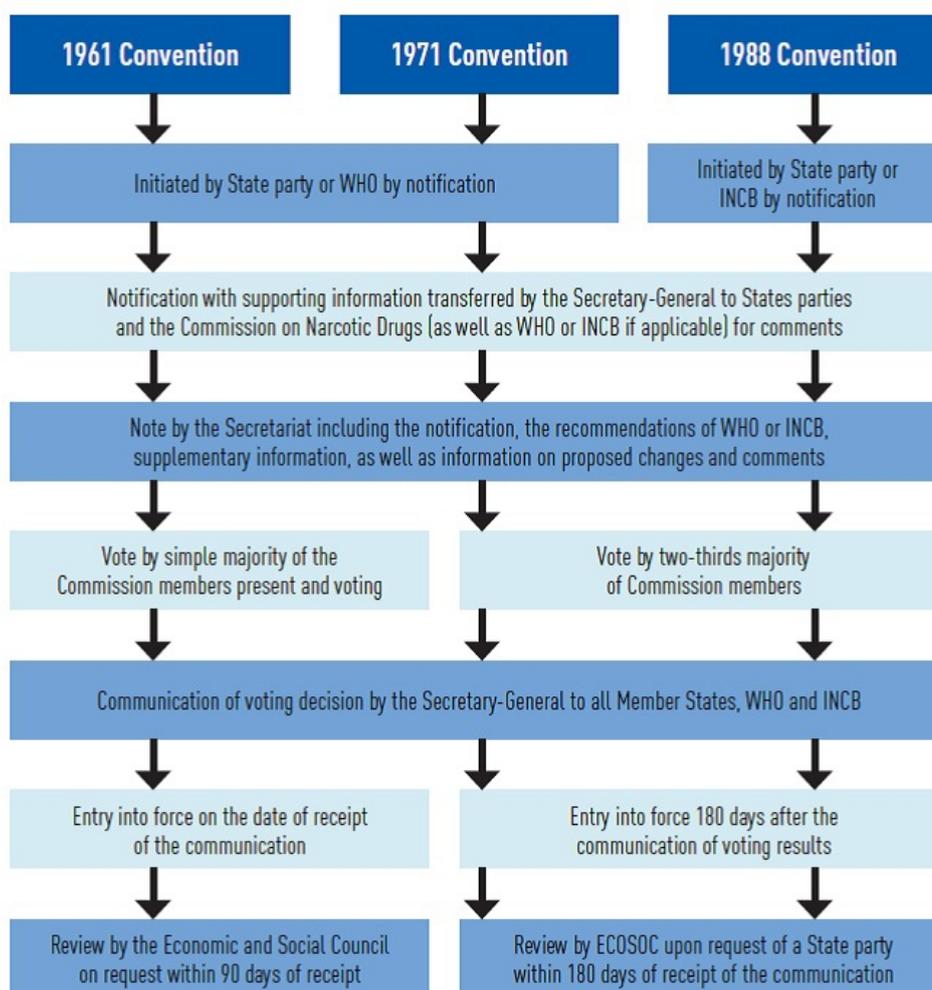


Table 3 : Schéma récapitulant les différentes étapes en fonction de la Convention applicable.

Source : UNODC, *Scheduling procedures under the international drug control conventions*, Vienna, 2020, p. 2¹³⁵

[56] Une fois une substance inscrite dans un tableau, l'Organe international de contrôle des stupéfiants (OICS ; International Narcotics Control Board- INCB) a la responsabilité de surveiller la bonne application des Conventions dans les Etats membres¹³⁶. Il évalue régulièrement le respect

¹³⁵ Ce tableau ne met malheureusement pas en évidence le rôle pourtant clé de l'ECDD sur le plan scientifique. L'ECDD réalise l'examen médical et scientifique des substances soumises à la CU ou à la C1971. L'examen a lieu avant la notification, si l'OMS est à l'origine de la notification (1^{ère} étape du tableau). Si ce n'est pas le cas, l'examen par l'ECDD après la notification (deuxième étape). Pour les substances soumises à la C1988, le principe est le même (examen avant la notification par l'OICS si l'OICS est à l'origine de la notification ; examen après la notification si ce n'est pas le cas). Cf. UNODC, *Scheduling procedures under the international drug control conventions*, Vienna, 2020, p. 3.

¹³⁶ Art. 9 à 20 CU ; art. 18–19 C1971.

des conventions par les Etats, notamment en effectuant des contrôles sur place¹³⁷. Il communique aux Etats leurs pratiques qu'il juge déviantes, émet des recommandations ou prend des mesures pour faciliter le respect des conventions¹³⁸.

4.2. Critiques de la classification conventionnelle

4.2.1. Critiques afférentes aux définitions

[57] Si le processus de classification est bien décrit dans la *Guidance* de l'OMS et dans divers autres documents accessibles, la pondération des différents facteurs l'est nettement moins. Par exemple, une substance peut être inscrite comme stupéfiant ou psychotrope simplement parce qu'elle est suffisamment similaire¹³⁹ à un stupéfiant ou un psychotrope déjà inscrit, même s'il n'y a que très peu d'autres informations disponibles sur sa toxicité, son potentiel de dépendance et d'abus, l'étendue de son usage ou les méfaits qu'elle provoque. Le critère de la similarité peut donc être suffisant. Dans d'autres cas, c'est la pondération entre différents facteurs qui semble être décidée au cas par cas. Par exemple, un médicament très utile comme la kétamine ne sera pas inscrit comme psychotrope, car sa classification emporterait de nombreux problèmes pratiques dans les pays pauvres qui y font un large recours comme anesthésiant¹⁴⁰.

[58] La distinction entre les substances sujettes à la Convention de 1961 et celles assujetties à la Convention de 1971 laisse aussi à désirer, car le champ d'application de ces conventions se recoupe en partie. En théorie, étymologiquement parlant, la Convention de 1961 devrait viser des substances aux effets stupéfiants (*narcotics* en anglais), donc provoquant une « stupeur », une « torpeur » (sédation), mais ni l'héroïne, ni le cannabis, ni la cocaïne ne provoquent spécifiquement ces deux effets, sinon exceptionnellement. Le terme psychotrope qui caractérise la Convention de 1971 n'est pas plus clair ; il ne se distingue guère du terme psychoactif. Cependant, une multitude de substances psychoactives ne sont pas du tout soumises au système de contrôle des Conventions. Le Transnational Institute a publié en 2014, une étude dont les auteurs relèvent à cet égard :

« *Psychotropic' drugs regulated by the 1971 Convention include buprenorphine (a narcotic), amphetamine (a stimulant) and LSD (an entheogen¹⁴¹). [...] cannabis, for example, is controlled under the 1961 Convention, while its most active ingredient, THC, is controlled under the 1971 treaty.* »¹⁴²

¹³⁷ Cf. par exemple : OICS, rapport annuel 2019, Vienne, 2020, p. 46–56.

¹³⁸ Art. 14 CU ; 19 C1971 et 22 C1988. Cf. OICS, rapport annuel 2019, Vienne, 2020, p. 56–58. Les recommandations émises par l'OICS restent confidentielles, de même que, en principe, le nom des Etats visés par d'éventuelles mesures (OICS, rapport annuel 2019, Vienne, 2020, p. 46 N 260 et p. 56 N 348).

¹³⁹ Cf. HALLAM *et al.* (cf. note 131), p. 4 et p. 7.

¹⁴⁰ DMITRIY MATVEYCHUK *et al.*, Ketamine as an antidepressant : overview of its mechanisms of action and potential predictive biomarkers, *Therapeutic advances in psychopharmacology* 10, 2020, p. 1–21. Voir aussi : EMCDDA, Report on the risk assessment of ketamine in the framework of the joint action on new synthetic drugs, 2002.

¹⁴¹ Selon Wikipedia, « un enthéogène est une substance psychotrope induisant un état modifié de conscience utilisée à des fins religieuses, spirituelles ou chamaniques ». A ce sujet, cf. Ruck *et al.*, *Entheogens*, *Journal of Psychedelic Drugs* II (1–2), 1979.

¹⁴² HALLAM *et al.* (cf. note 131), p. 6 et 7.

[59] Les auteurs concluent ainsi :

« *Essentially, these are merely administrative terms, possessing conflicted and uncertain reference outside the Conventions* ». ¹⁴³

[60] De manière générale, il semble qu'une substance qui n'est consommée que pour le « plaisir » psychique qu'elle provoque a toutes les chances d'être classée comme stupéfiant ou psychotrope, avec les exceptions usuelles (alcool et tabac)¹⁴⁴. En d'autres termes, il n'y a guère de substance provoquant une satisfaction psychique qui puisse être laissée en libre accès ; au minimum, la substance doit être autorisée comme médicament (ex. antidépresseurs).

[61] Le choix du tableau est encore plus difficile à saisir. Si la *Guidance* de l'OMS fournit de brèves explications à ce sujet, l'ECDD n'explique que brièvement son raisonnement lorsqu'il recommande une classification¹⁴⁵.

[62] Dans l'ensemble, même si le processus repose sur un examen scientifique fondé sur les preuves, le résultat auquel il aboutit (classification comme stupéfiants/psychotrope ; classement dans un tableau) laisse tout de même à désirer, en ce sens que l'on peine à dégager les critères réellement décisifs. L'existence ou l'étendue d'une dépendance, respectivement l'existence et l'ampleur des abus ou leur potentiel, ne sont pas au centre de l'analyse. Pourtant, s'il n'y a aucune ou que très peu de dépendance, on voit mal pourquoi l'accès à une substance devrait être restreint. Il en va de même si la toxicité constatée de la substance est faible. Par exemple, en l'état des connaissances, la cathinone semble avoir un faible potentiel de dépendance et être peu toxique¹⁴⁶, elle est pourtant classifiée dans le tableau I de la Convention de 1971, soit le plus strict.

4.2.2. Critiques sur le fonctionnement des autorités internationales

[63] L'étude du Transnational Institute de 2014, citée plus haut, propose une analyse passionnante de la collaboration entre les trois entités principalement concernées par la mise en œuvre du système international de contrôle, à savoir la CND ; l'OMS (ECDD) et l'OICS¹⁴⁷. Dans cet article, les trois auteurs mettent en lumière les difficultés de faire coïncider des critères médico-scientifiques et des appréciations politiques.

[64] Ainsi, l'OMS et son ECDD sont censés avoir le « dernier mot » sur l'évaluation des risques de santé (individuelle et publique) de la substance et sur son éventuelle importance thérapeutique

¹⁴³ Id., p. 6. On trouve un constat similaire dans la directive de l'EMA : « The definition of abuse, misuse and dependence are currently not standardised or systematically employed. » EMA/CHMP/970057/2011, p. 23

¹⁴⁴ Le Secrétaire général des Nations Unies déclarait en 1952 à propos du projet de Convention unique : « l'alcool, qui est susceptible de créer un état de dépendance tant psychique que physiologique et que la littérature médicale présente souvent comme engendrant la toxicomanie. Il ne semble pas qu'il y ait intérêt à appliquer à l'alcool ou au tabac un régime de contrôle international destiné aux stupéfiants. » Cf. Commission des Stupéfiants, Nations Unies, Commentaire sur le projet de convention unique, Note du Secrétaire général (E/CN.7/AC.3/4/Rev.1), 4 juin 1952, C. 99.

¹⁴⁵ La recommandation de classification figure au point « *recommendation* » du résumé concernant la substance, dans les rapports des sessions de l'ECDD. Elle se limite souvent à un paragraphe. Pour le cannabis et les substances qui y sont liées (p.ex. le dronabinol), l'explication est plus détaillée. Cf. WHO Expert Committee on Drug Dependence, Forty-first report, p. 34ss.

¹⁴⁶ MICHAEL CAPRIOLA, Synthetic cathinone abuse, *Clinical Pharmacology* 5, 2013, p. 109–115.

¹⁴⁷ HALLAM *et al.* (cf. note 131).

comme médicament. La CND est censée se fier à cette détermination, ne pouvant qu'incorporer des facteurs juridiques, politiques, sécuritaires. Comme signalé, dans le système de la Convention de 1961, la CND ne peut qu'accepter ou refuser la recommandation de l'OMS, sans pouvoir l'adapter¹⁴⁸ ; selon la Convention de 1971, la CND dispose d'une marge de manœuvre quelque peu plus ample, puisqu'elle peut dans une certaine mesure adapter le choix du Tableau¹⁴⁹. Quant à l'OICS, il n'est compétent que pour contrôler l'application des conventions, pas pour les modifier.

[65] En pratique, les auteurs relèvent que la CND et l'OICS tentent de prendre une influence sur le processus découlant des Conventions de 1961 et de 1971¹⁵⁰.

« This INCB expansion is linked to a general trend toward the marginalization of the WHO within the system. In recent decades, the WHO has been starved of funding and of human and technical resources to the extent that the WHO's ECDD, which undertakes the detailed work of reviewing scheduling proposals, has been compelled to postpone its regular meetings for a six years stretch. »

[66] Ainsi, l'OICS, organe d'exécution, s'exprime de plus en plus dans ses rapports annuels sur les dangers de substances non-soumises aux Conventions de 1961 et de 1971, et qui sont donc hors de sa compétence directe¹⁵¹. Il arrive même que l'OICS plaide en faveur d'un contrôle national de substances que l'OMS a déclaré *ne pas* entendre soumettre à contrôle¹⁵². L'OICS encourage à ce titre des classifications purement nationales pour ces substances, allant ainsi à l'encontre de l'effort d'harmonisation internationale (cf. l'exemple de la kétamine)¹⁵³.

4.2.3. Critiques liées à la conception des conventions

[67] De l'analyse ci-dessus ressort l'impression que l'OMS a hérité d'un système de conventions antique et obsolète. Au fil des ans, l'Organisation internationale a certes renforcé le caractère scientifique de son analyse, mais sans pouvoir toutefois remettre en cause le parti pris de départ, à savoir que certaines substances se doivent d'être interdites ou d'être restreintes à un usage

¹⁴⁸ La CND « *can decide to place a substance in Schedule I and not in Schedule IV where the WHO has recommended inclusion in both* ». Id., p. 10.

¹⁴⁹ « *Under the 1971 Convention, the CND is given still more flexibility; it can accept a recommendation by the WHO and yet decide to place it in an alternative schedule.* » Id., p. 10.

¹⁵⁰ La CND dispose de compétences à ce sujet mais uniquement au regard de la Convention de 1988.

¹⁵¹ Voir les recommandations faites aux Etats concernant les « nouvelles substances psychoactives » dans le rapport annuel intitulé « Contribution de l'OICS à l'examen de haut niveau de l'application, par les Etats Membres, de la Déclaration politique et du Plan d'action sur la coopération internationale en vue d'une stratégie intégrée et équilibrée de lutte contre le problème mondial de la drogue » de 2013, notamment p. 53 N6, p. 55 N17 et 20.

¹⁵² Canadian Centre on Substance Abuse, Statement to the Economic and Social Council for the 63rd session of the Commission on Narcotic Drugs, 2020 (E/CN.7/2020/N60/3), p. 3 ; Global Commission on Drug Policy (2015), *The Negative Impact of Drug Control on Public Health : The Global Crisis of Avoidable Pain*, 2015, p. 12.

¹⁵³ A propos de la kétamine, cf. HALLAM *et al.* (cf. note 131), p. 9 citant OMS, *Ketamine : Critical Review Report, Expert Committee on Drug Dependence Thirty-fifth Meeting Hammamet, Tunisia, 4–8 June 2012*, p. 36. Cf. également *supra*, point 3.2 pour la situation en Suisse. Pour d'autres recommandations de l'OICS en faveur de mesures nationales concernant des substances non soumises à contrôle international, voir par exemple le rapport de l'OICS intitulé « Contribution de l'OICS à l'examen de haut niveau de l'application, par les Etats Membres, de la Déclaration politique et du Plan d'action sur la coopération internationale en vue d'une stratégie intégrée et équilibrée de lutte contre le problème mondial de la drogue » de 2013, p. 53 N6, p. 55 N17 et 20.

médical. Ce décalage entre le processus scientifique et le biais historique de départ n'a eu de cesse de s'accroître au fil des connaissances et rend le système intellectuellement incohérent. L'absence de réexamen périodique des risques et bénéfices des substances accentue le problème¹⁵⁴. L'accent est mis sur l'évaluation de nouvelles substances (NPS) qui pourtant ont un impact assez limité sur le marché¹⁵⁵ et qui passent rapidement de mode, alors que d'anciennes « drogues » ne sont pas réexaminées (par ex. : le LSD)¹⁵⁶. Il semblerait que le financement fasse défaut pour procéder à l'analyse de substances plus traditionnelles.

[68] L'OMS a tout de même tenté de revoir la classification du cannabis et de ses dérivés. En 2018, elle entamait une procédure de « *pre-review* » et de « *critical review* » pour ces substances, notant que ceux-ci figuraient dès le départ dans les Conventions de 1961 et de 1971, sans jamais avoir été réellement étudiés scientifiquement¹⁵⁷. Toutefois, le processus s'est trouvé largement bloqué par le souhait, surtout politique, de la CND de ne pas mettre en cause un des fondements du système international de contrôle¹⁵⁸. Finalement le 2 décembre 2020, la CND a accepté la recommandation de l'OMS de supprimer le cannabis et sa résine du tableau IV de la Convention de 1961, le laissant dans le Tableau I. La proposition n'a été acceptée qu'à une toute petite majorité (27 contre 25)¹⁵⁹. Toutes les autres recommandations de l'OMS allant dans le sens d'une meilleure prise en compte du risque des dérivés du cannabis ont été rejetées. On remarque l'écart qui sépare la perspective prônée par l'OMS de celle défendue par la CND.

[69] En parallèle du processus multilatéral, un nombre croissant d'Etats a décidé de rendre le cannabis largement accessible, que ce soit à titre médical ou non, faisant largement fi de l'esprit desdites conventions, voire de leur texte¹⁶⁰. Cette accélération récente du processus de contestation ne doit pas faire oublier que cela fait plus de 40 ans que le cannabis est accessible dans les *coffee shops* aux Pays-Bas¹⁶¹.

¹⁵⁴ Dans le cas de la cocaïne, voir Transnational Institute, *Coca leaf : Myths and Reality*, 5 August 2014.

¹⁵⁵ European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), *European Drug Report 2020 : Trends and Developments*, September 2020, p. 47.

¹⁵⁶ Voir E. DANENBERG et al., *supra* note 132.

¹⁵⁷ « *It was the first time the WHO ECDD reviewed cannabis and cannabis-related substance to consider the appropriateness of their current scheduling within the international Drug Control Conventions* » ECDD Q&A d'août 2018. HALLAM et al. (cf. note 131), (p. 4) relèvent « *the substances [heroin, cocaine, cannabis] that provide the foundation for the entire scheduling edifice, and operate as templates for substances requiring control, themselves remain unanchored by contemporary evidence* ». Cf. aussi E. DANENBERG et al., *supra* note 132.

¹⁵⁸ Cf. note 134.

¹⁵⁹ Il est intéressant de noter les pays ayant voté pour et ceux ayant voté contre, à savoir : Pour : Australie, Autriche, Belgique, Canada, Colombie, Croatie, Tchéquie, Equateur, El Salvador, France Allemagne, Inde, Italie, Jamaïque, Mexique, Maroc, Népal, Pays-Bas, Pologne, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Thaïlande, Royaume-Uni, Etats-Unis, Uruguay. Contre : Afghanistan, Algérie, Angola, Bahreïn, Brésil, Burkina Faso, Chili, Chine, Côte d'Ivoire, Cuba, Egypte, Hongrie, Iraq, Japon, Kazakhstan, Kenya, Kirghizistan, Libye, Nigeria, Pakistan, Pérou, Russie, Togo, Turquie, Turkménistan.

¹⁶⁰ Transnational Institute, *Canada's next steps on cannabis and the UN Drug Treaties*, 3 April 2018 ; Transnational Institute, *Balancing Treaty Stability and Change*, 15 March 2018 ; Transnational Institute, *The drug market is thriving while the Commission on Narcotic Drugs limps along*, 11 April 2018 ; Transnational Institute, *Yes, legalizing marijuana breaks treaties. We can deal with that*, 10 January 2018.

¹⁶¹ Transnational Institute, *A new « war on drugs » is short sighted and naïve*, 18 September 2019.

5. Recommandations

[70] Avant de formuler nos recommandations, une brève synthèse de nos constats ci-dessus est utile.

1. les définitions utilisées dans la LStup (par ex. stupéfiants, addiction, dépendance) sont à tout le moins ambiguës ;
2. la procédure administrative de classification n'est pas formalisée dans la législation suisse ;
3. l'attribution des substances aux tableaux suisses et internationaux est incohérente ;
4. plus généralement, l'approche juridique n'a pas tenu compte de l'évolution des connaissances cliniques, épidémiologiques et sociales.

5.1. Recommandation pour la classification

[71] A notre avis, la classification comme substance soumise à contrôle devrait être décomposée en trois étapes :

[72] 1. Le point de départ doit être une analyse scientifique basée sur la *dangerosité* de la substance pour une *majorité* d'usagers¹⁶². A cet égard, le travail fait par NUTT *et al.*¹⁶³, apparaît robuste et est largement reconnu dans la communauté médicale. Celui-ci se fonde sur seize critères dont neuf concernent les dommages pour le consommateur et sept les dommages pour autrui (voir schéma ci-dessous).

¹⁶² Par exemple, selon l'OMS, « 8.9% de la charge totale de morbidité était due à l'usage de substances psychoactives : en 2000, par exemple, [...] le tabac représentait 4.1%, l'alcool 4% et les drogues illicites 0.8% de la charge de morbidité. » OMS, Neurosciences : usage de substances psychoactives et dépendance- résumé, p. 5, 2004. « Les dommages diffèrent avec la substance et la réponse de santé publique à l'usage de substances devrait être proportionnée aux dommages sanitaires qu'elles provoquent ». Id. p. 33.

¹⁶³ DAVID J. NUTT *et al.*, Drug harms in the UK : a multicriteria decision analysis, *The Lancet* 376, 2010, p. 1558–1565 (« heroin, crack cocaine and methamphetamine were the most harmful drugs to individuals [...], whereas alcohol, heroin and crack cocaine were the most harmful to others. Overall, alcohol was the most harmful drug (overall harm score 72), with heroin (55) and crack cocaine (54) in second and third places»).

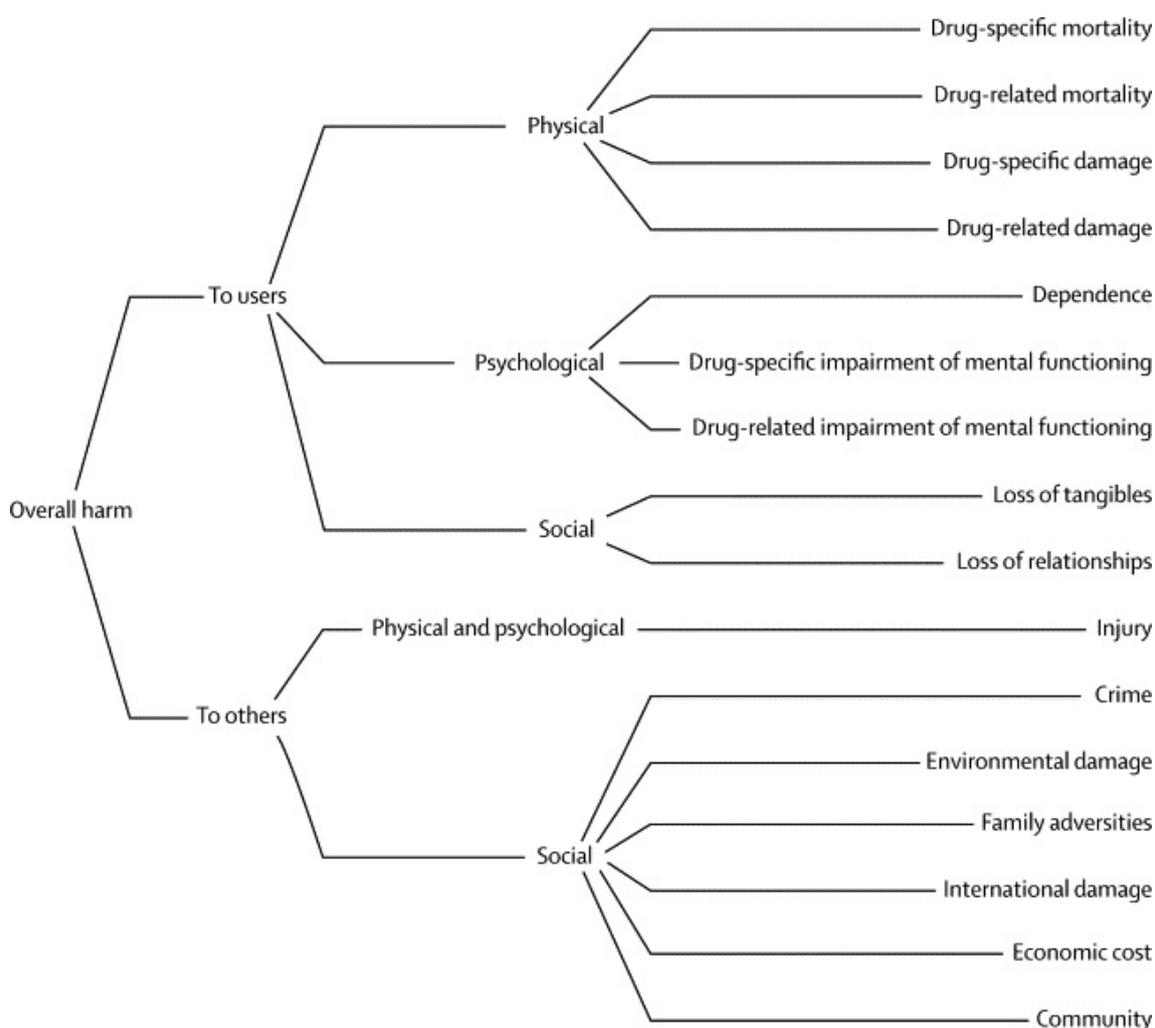


Tableau 4 : Critères d'évaluation des substances selon les dommages pour le consommateur, pour autrui, fondés sur les effets physiques, psychologiques ou sociaux.

Source : DAVID J. NUTT *et al.*, *Drug harms in the UK : a multicriteria decision analysis*, *The Lancet* 376, 2010, p. 1559.

[73] Une telle évaluation *a priori* devrait être complétée *a posteriori* par une évaluation des coûts sociaux incluant une estimation tant des coûts indirects que des coûts intangibles¹⁶⁴. Ceci permettrait de mieux appréhender la charge de problème associée à la substance particulière.

[74] 2. Dans une deuxième étape du raisonnement, le *bénéfice* de la substance *pour les ou certains usagers* devrait être pris en compte¹⁶⁵. A l'heure actuelle, seul un bénéfice thérapeutique, voire in-

¹⁶⁴ Cf. par ex. DIMITRI KOHLER *et al.*, Comment calcule-t-on le coût social des addictions? *Alcoologie et Addictologie* 36(2), 2014.

¹⁶⁵ Comme l'indiquent NUTT *et al.* dans leur publication (cf. note 163), « *we scored only harms. All drugs have some benefits to the user, at least initially, otherwise, they would not be used* ». Des études à ce sujet ont déjà été menées : CARHART-HARRIS *et al.*, Experienced Drug Users Assess the Relative Harms and Benefits of Drugs : A Web-Based Survey, *Journal of psychoactive drugs* 45(4), 2013, p. 322–328 ; MORGAN, CELIA J. A. *et al.*, Harms and benefits associated with psychoactive drugs : findings of an international survey of active drug users, *Journal of Psychopharmacology* 27(6), 2013, p. 497–506 ; BOURGAIN, CATHERINE *et al.*, A damage/benefit evaluation of addictive product

dustriel, est retenu¹⁶⁶. Toutefois dans une société libérale fondée sur l'autonomie individuelle, les avantages que retirent les usagers devraient être pris en considération. Ainsi, si la substance procure des sensations agréables ou atténue des sensations désagréables chez une majorité d'usagers, ce facteur doit peser dans la balance. C'est le cas du cannabis consommé par 7.3% de la population en Suisse¹⁶⁷. Par ailleurs, certaines substances sont consommées dans un but d'auto-médication pour apaiser un état dysphorique (régulation des états émotionnels)¹⁶⁸. Ainsi, certaines personnes hyperactives prennent de la cocaïne pour se calmer et se concentrer¹⁶⁹.

[75] 3. Dans la troisième étape, il s'agirait d'évaluer les *conséquences positives et négatives d'une éventuelle mise sous contrôle*¹⁷⁰. Le but est ici de déterminer si en rendant la consommation autonome illégale, on ne risque pas de susciter des comportements encore plus risqués¹⁷¹. On pense par exemple à des partages de seringues ou de pipes propageant des maladies infectieuses (HIV, hépatite C, herpès). Un des dangers majeurs est la consommation de substances dont le contenu exact et le dosage sont inconnus ou faussement énoncés. La grande majorité des intoxications, létales¹⁷² ou non, serait évitée si le consommateur pouvait s'approvisionner auprès de sources fiables. De même, la consommation de substances non souhaitées serait évitée grâce à un étiquetage correct¹⁷³ (par ex. LSD remis à la place d'ecstasy). L'interdiction crée aussi un marché noir et un trafic qui sont en eux-mêmes dangereux, car ils suscitent d'autres comportements, souvent violents, mettant en danger la sécurité publique. L'interdiction prive aussi l'Etat d'un contrôle sur le marché et de ressources issues de l'imposition¹⁷⁴. Un marché légal peut être taxé et surveillé, alors que ce n'est généralement pas le cas d'un marché noir. Un marché dûment encadré

use, *Addiction* 107(2), 2012, p. 441–450 ; plus généralement cf. D. DOMENIG/S. CATTACIN, Les drogues sont-elles dangereuses ? Estimations de la dangerosité des substances psychoactives, *Sociograph* n° 22, 2015, p. 10, p. 47.

¹⁶⁶ Dans l'Union européenne, les rapports contiennent une section intitulée « *industrial, commercial, scientific, research, and medical use* ». Voir par ex. EMCDDA, EMCDDA operating guidelines for the European Union Early Warning System on new psychoactive substances, 2019 ; auparavant : EMCDDA, Risk assessment of new psychoactive substances, Operating Guidelines. 2009. See also Regulation (EU) 2017/2101 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2017 ; Directive (EU) 2017/2103 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2017 ; Regulation (EC) No 1929/2006 as regards information exchange on, and an early warning system and risk assessment procedure for, new psychoactive substances ; Council Decision 2005/387/JHA of 10 May 2005 on the information exchange, risk-assessment and control of new psychoactive substances.

¹⁶⁷ *Addiction Suisse*, page web <https://faits-chiffres.addictionsuisse.ch/fr/cannabis.html>. La prévalence est particulièrement élevée chez les jeunes garçons, soit près de 14% pour les garçons de 15 ans durant le dernier mois et 27% % au moins une fois dans leur vie. Cf. *Addiction suisse, Panorama suisse des addictions 2020*, 2020.

¹⁶⁸ L. LERISSA SMITH *et al.*, Exploring the Link Between Substance Use and Mental Health Status : What Can We Learn from the Self-medication Theory ? *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, 28 (2), 2017, p. 113–131.

¹⁶⁹ Voir le site de Praticien Addiction Suisse : <https://www.praxis-suchtmedizin.ch/praxis-suchtmedizin/index.php/fr/medicaments/methylphenidate/consommation-de-cocaine-et-tDAH>.

¹⁷⁰ Selon NUTT *et al.* (*supra* note 163), « *[i]deally, a model needs to distinguish between the harms resulting directly from drug use and those resulting from the control system for that drug* ».

¹⁷¹ Voir par ex. RUTH DREIFUSS *et al.*, Prisons, drogues, populations vulnérables et coronavirus, Page Débats du Temps du 14 mai 2020. Une analyse de ce type figure par exemple dans le rapport de l'EMCDDA sur la kétamine ; il y est indiqué (p.18) que l'interdiction elle-même pourrait aboutir à des effets secondaires indésirables.

¹⁷² En Suisse, le nombre de décès causés par l'abus de drogues reste très bas, apparemment deux en 2018. Cf. S. WEILER/H. KUPFERSCHMIDT, Vergiftungen in der Schweiz, *Bulletin des médecins suisses* 101 (04), 2020, p. 89. En revanche, dans l'Union européenne, on compte environ 8'300 décès par surdose de drogues illicites en 2018. Cf. Rapport européen sur les drogues 2020, p. 22. Aux Etats-Unis, 72'000 personnes sont mortes d'overdoses en 2019.

¹⁷³ PETER REUTER, UK Drug Policy Commission, Options for regulating new psychoactive drugs : a review of recent experiences, *Evidence review*, 2011.

¹⁷⁴ H. SLADE, Drug Policy Foundation, *Altered States : Cannabis Regulation in the U.S.*, 2020.

légalisé¹⁷⁵ peut aussi créer des opportunités professionnelles¹⁷⁶. Enfin, l'interdiction a souvent des conséquences délétères sur les proches du consommateur, notamment sa famille ; les enfants sont parfois privés d'un parent ou sont placés dans des familles d'accueil ; l'accès à l'emploi est rendu plus difficile. Dans certains pays, ce sont des communautés entières, souvent défavorisées, qui sont affectées¹⁷⁷. A l'inverse, l'effet positif de l'interdiction n'est généralement produit que si elle parvient à diminuer sensiblement la consommation – ce qui est rarement le cas, à teneur des données statistiques longitudinales¹⁷⁸.

5.2. Recommandations plus générales

[76] Plus généralement, à notre avis, il convient de renoncer tant à une loi-cadre qu'à une classification par seuil¹⁷⁹. Aujourd'hui, si une substance est soumise à la LStup, elle est potentiellement soumise à l'entier du dispositif de droit administratif, pénal et civil. Ce régime suit une approche en grande partie « tout ou rien ». On s'en rend compte par exemple lorsqu'on entend aujourd'hui aménager un régime *ad hoc* pour le cannabis. Si les motifs qui justifient ce revirement sont légitimes, l'approche juridique traduit l'incohérence de la démarche passée et actuelle.

[77] A notre avis, chaque substance devrait être évaluée individuellement pour son rapport risque-bénéfice individuel et social. Cette évaluation se baserait sur les critères susmentionnés (chapitre 5.1. point 1 à 3).

[78] Les sanctions pénales devraient être réservées aux *conduites* présentant un danger élevé avéré sur les tiers¹⁸⁰. Par exemple, on sanctionnerait la conduite dangereuse sous l'effet d'une substance ; il en irait de même pour la personne qui remet une substance potentiellement dangereuse à un tiers. En revanche, la sanction ne serait pas directement liée à la prise d'une substance.

[79] L'approche que nous prônons serait centrée sur une régulation administrative cohérente, qui intégrerait le contrôle de la chaîne de production, l'adéquation des canaux de distribution, l'information et le conseil à la remise et la limitation de la publicité. Une agence sanitaire, qui pourrait être Swissmedic moyennant un mandat élargi¹⁸¹, devrait veiller à ce qu'une information sani-

¹⁷⁵ La Commission européenne estime le marché illicite dans l'UE « à une valeur au détail minimale de 30 milliards d'EUROS par an ». Communication de la Commission concernant le programme et plan d'action antidrogue de l'UE (2021–2025), 2020, p.1.

¹⁷⁶ Sur le risque des lobbys, DANIELE ZULLINO *et al.*, Bons arguments, conclusions erronées, Bulletin des médecins suisses 99 (49), 2018, p. 1760.

¹⁷⁷ CSETE Joanne et al., Public health and international drug policy, Lancet 387(10026), 2016, p. 1427–1480, p. 1433.

¹⁷⁸ Selon l'UNODC, le nombre de consommateurs de substances soumises à contrôle dans un usage non médical est en augmentation. Cf. UNODC, World Drug Report, Drug Use and Health Consequences, booklet 2, 2020, p. 10.

¹⁷⁹ Voir C. PERISSINOTTO (GREA), Cannabis et alcool fort : accepter le pari de l'égalité des substances, Page Débats du Temps du 18 juin 2020.

¹⁸⁰ En 1951, le Conseil fédéral écrivait d'ailleurs : « [a]u lieu d'essayer d'intimider le toxicomane par des sanctions très rigoureuses, il paraît indiqué de considérer la toxicomanie non pas comme un délit ou même un crime, mais comme une maladie. » Message du Conseil fédéral du 9 avril 1951, FF 1951, p. 861.

¹⁸¹ On objectera que de nombreuses substances ne sont pas consommées dans un but médical, de sorte qu'une compétence de l'agence du médicament ne se justifie pas. La critique mérite d'être nuancée. D'abord, bon nombre de consommateurs de « drogues » en font également un usage médical, dans le sens d'une automédication. La personne qui prend de l'héroïne ou une benzodiazépine peut le faire pour se calmer, plutôt que de rechercher une sensation de « planer » ; celle qui prend de la cocaïne peut le faire de manière semblable à celle à qui on a diagnostiqué un trouble de l'attention. La frontière n'est donc pas toujours si nette entre usage médical et non-médical. Ensuite, Swissmedic réglemente aussi quantité de produits qui n'ont pas d'effets médicaux, hormis placebo, à savoir l'essentiel de la médecine alternative. Swissmedic est aussi compétente pour des produits qui ne sont pas des médicaments stricto sensu, comme le sang, les transplants standardisés ou les dispositifs médicaux. Dès lors, il ne

taire complète soit toujours disponible¹⁸². Elle pourrait décider que certaines substances doivent être remises en pharmacie ou drogueries ou que d'autres nécessitent une prescription du médecin¹⁸³. L'agence interviendrait également à l'encontre des publicités trompeuses ou autrement inexacts¹⁸⁴. Certaines substances réputées dangereuses devraient faire l'objet d'une évaluation sur dossier, à l'instar de ce qui a lieu pour les dispositifs médicaux risqués. On renoncerait ainsi à la classification « noire » et « blanc » des substances.

[80] Quels sont les avantages de notre proposition ? Si une agence sanitaire devait appréhender chaque substance en fonction de ces risques, voire bénéfiques, elle serait en mesure de fournir une information qui pourrait réellement guider professionnels de la santé et utilisateurs.

[81] Quels sont les inconvénients ? Le travail d'évaluation de chaque substance destinée à entrer sur le marché régulé est considérable. Il est aussi très controversé¹⁸⁵. Confier cette tâche de régulation à une agence sanitaire nécessiterait dès lors des investissements en temps et argent, tant du côté des promoteurs que du côté de l'agence déclarée compétente. Cependant, comme les marchés des produits seraient désormais légaux, les études pourraient être financées par les producteurs, avec des cautèles pour garantir la transparence et l'absence de biais de recherches.

6. Conclusion : Bientôt la fin ? Et après ?

[82] L'examen de la législation suisse et internationale en matière de substances psychoactives révèle que les termes auxquels celle-ci recourt ont un fondement avant tout *historique*. Les Conventions sont le fruit d'un compromis politique, compromis qui remonte maintenant à près de soixante ans, pour ce qui est de la Convention Unique. Le législateur suisse s'est souvent contenté de reprendre les résultats des choix politiques internationaux. La terminologie, qui nous semble aujourd'hui largement dépassée (on pense notamment au terme « toxicomane »¹⁸⁶), trahit cette approche désuète.

[83] Ce manque de cohérence génère des difficultés de compréhension notable déjà du côté des différents professionnels de la santé. A titre d'illustration, les médecins, pharmaciens et autres soignants ne comprennent pas la notion de dépendance de la même manière, et par conséquent ne vont pas mettre en œuvre de la même manière les obligations qui en découlent (par ex. l'obligation de faire autoriser les traitements de la dépendance). A cet égard, l'étendue des variations cantonales est en cours d'études dans le cadre de notre projet FNS, d'une part par le biais d'une

serait pas incongru d'étendre ses compétences à d'autres substances ayant des effets physiques ou psychiques sur leurs consommateurs. Aux Etats-Unis, la question s'était d'ailleurs posée si la FDA devait se déclarer compétente pour réglementer la nicotine ; elle se pose aujourd'hui encore avec les produits de vapotage.

¹⁸² Par exemple, pour chaque médicament, Swissmedic approuve l'information professionnelle et l'information destinée aux usager-e-s ; le titulaire de l'autorisation établit un projet qui découle du dossier d'autorisation de mise sur le marché, tandis que Swissmedic arrête le contenu. Ces deux informations sont publiquement accessibles.

¹⁸³ Par exemple, Swissmedic est compétente pour décider de la catégorie de remise pour les produits thérapeutiques (A, B, D et E s'agissant des médicaments).

¹⁸⁴ C'est déjà le cas pour les médicaments. Swissmedic peut par exemple interdire une publicité trompeuse, voire imposer la remise de toute publicité avant sa parution.

¹⁸⁵ WILLEM SCHOLTEN/JACK E. HENNINGFIELD, Negative outcomes of unbalanced opioid policy supported by clinicians, politicians, and the media, *Journal of Pain & Palliative Care Pharmacotherapy* 30 (1), 2016, p. 1–9.

¹⁸⁶ Ce terme est utilisé à l'art. 12 al. 1 LStup.

analyse des pratiques des Médecins et Pharmaciens cantonaux, d'autre part via une enquête auprès des professionnels de la santé.

[84] Pour les juristes, le problème afférent aux définitions est largement éludé, grâce aux tableaux qui en réalité définissent tant les substances contrôlées que le régime auxquels ils sont soumis. Ces tableaux sont extrêmement fouillés et sont le fruit d'analyses en partie menées au plan international. Par leur caractère technique et leur apparence exhaustive, ils donnent l'impression d'être le résultat d'une réflexion cohérente. Notre analyse a montré que c'était loin d'être le cas.

[85] Les débats d'une grande actualité autour du cannabis et de ses dérivés illustrent ces difficultés¹⁸⁷. Le cannabis est actuellement une substance classée dans le tableau d, soit celui réputé le plus dangereux et sans intérêt médical. Pourtant cette substance, chez la majorité des usagers adultes, ne produit pas de syndrome de dépendance. Elle a aussi des usages thérapeutiques de plus en plus reconnus¹⁸⁸. Elle ne satisfait donc pas à la définition légale du stupéfiant à teneur de l'art. 2 let. a LStup. Il a fallu des décennies de débats houleux pour qu'on revoie la classification du cannabis¹⁸⁹. Entre-temps, la pratique a évolué au point que les obligations des Conventions sont bafouées par un nombre croissant de pays (Canada, Etats-Unis¹⁹⁰, Pays-Bas, Uruguay¹⁹¹, Jamaïque, Bolivie).¹⁹²

[86] A notre avis, comme déjà mentionné, il est vain de vouloir rectifier les définitions. En revanche, il est temps de penser à une refonte du système. Au lieu de se référer à la notion de dépendance, nous suggérons une approche « bénéfique/risque », comme c'est déjà le cas dans la législation sur les produits thérapeutiques¹⁹³. Une telle approche permet de tenir compte – plus précisément de mettre en balance – des intérêts des différentes parties prenantes (*stakeholders*). Elle peut être ajustée en fonction du contexte, notamment des différents types d'usages, d'usagers, de substances¹⁹⁴.

¹⁸⁷ La modification de l'art. 8a LStup a été adoptée en septembre 2020. Cf. aussi KATJA CUPA, Pilotversuche mit Cannabis : ein rechtliches Experiment, Suigeneris, 2019, p. 107 et ss ; VALÉRIE JUNOD, Cannabis utilisé à des fins non-médicales : feu vert pour les essais pilotes ciblés ? Suigeneris 2018, p. 414 et ss. En outre, le message relatif à la modification de la LStup impliquant la reclassification du cannabis à usage médical a été soumis au Parlement en juin 2020. Cf. Message du 24 juin 2020 concernant la modification de la loi fédérale sur les stupéfiants (médicaments à base de cannabis), p. 5898 et la page Médicaments à base de cannabis : modification de la loi (admin.ch).

¹⁸⁸ Voir par ex. en Suisse, OFSP, Bases scientifiques pour la prévention des maladies non transmissibles et des addictions, Fiche d'information : Consommation de cannabis : récréative ou motivée par des raisons de santé, 2020.

¹⁸⁹ Pour rappel, au niveau international, le 2 décembre 2020, la CND a accepté la recommandation de l'OMS de supprimer le cannabis et sa résine du tableau IV de la Convention de 1961, le laissant dans le Tableau I. En Suisse, cf. note 187.

¹⁹⁰ Cf. H. SLADE, *supra* note 174.

¹⁹¹ Addiction Suisse, Panorama Suisse des addictions 2020, p. 22.

¹⁹² Pour une analyse des systèmes des différents pays, cf. ANNE PHILIBERT/FRANK ZOBEL, Revue internationale des modèles de régulation du cannabis- Rapport pour la Commission fédérale sur les questions liées aux addictions (CFLA), Sociograph – Sociological Research Studies 41 (2), 2019.

¹⁹³ Nos recommandations rejoignent en partie celles de nombreux autres experts, par ex. Commission globale de politique en matière de drogues, L'application de lois sur les drogues, Viser les responsables du crime organisé, 2020, point 4 ; Commission fédérale pour les questions liées aux addictions, La loi sur les stupéfiants (LStup) a dix ans, réflexions pour l'avenir, 2019 ; REUTER (*supra* note 173).

¹⁹⁴ A ce sujet, voir les propositions de D. DOMENIG/S. CATTACIN, (*supra* note 165), p. 82. Les auteurs préconisent de prendre comme point de départ pour l'évaluation des risques : « les substances et leur combinaison (substance isolée / polyconsommation), la dose (dose de plaisir / dose médicale / dose létale), le mode de consommation (consommation ponctuelle / abus / dépendance), le début de la consommation (précoce / tardif), les prédispositions existantes (maladies, autres), ainsi que le contexte de consommation (rituel, environnement social correct, environnement problématique, consommation licite, consommation illicite) ».

[87] Les barrières demeurent. Au plan politique, en quelques décennies, on a vu les majorités basculer et osciller entre prohibition et libéralisme, tout particulièrement ces derniers temps s’agissant du cannabis. Sur le plan médiatique, la crise des opioïdes aux Etats-Unis¹⁹⁵ a ranimé l’intérêt des médias pour l’enjeu « drogues », suscitant le spectre d’une contagion géographique en Europe¹⁹⁶. Cependant, sur le plan sociétal, les sensibilités des citoyens évoluent ; ceux-ci semblent aujourd’hui prêts à envisager une alternative aux interdictions pures et simples¹⁹⁷. Reste à savoir si les conventions internationales, qui constituent un obstacle majeur, pourront être adaptées¹⁹⁸, voire abrogées. Ceci serait hautement souhaitable, ne serait-ce que pour tenir compte de l’évolution marquée des connaissances médicales intervenues depuis 1961.

[88] La diffusion de ces connaissances dans la société, notamment auprès des juges, des juristes, des hommes et femmes politiques, est à notre avis essentielle. Il s’agit de se libérer d’un carcan devenu anachronique, et donnant la priorité à une législation globale axée sur la santé publique et le respect des droits humains. Plutôt que le traditionnel « just say no »¹⁹⁹, nous nous rallions au « just say know²⁰⁰ ».

VALÉRIE JUNOD est professeure de droit aux Universités de Genève et de Lausanne.

OLIVIER SIMON est maître d’enseignement et de recherche en médecine de l’addiction au Centre hospitalier universitaire vaudois.

BARBARA BROERS est professeure en médecine de l’addiction aux Hôpitaux Universitaires de Genève.

WILLEM SCHOLTEN est consultant à Lopik, Pays-Bas.

CAROLE-ANNE BAUD est juriste et chercheuse FNS à l’Université de Lausanne.

¹⁹⁵ JASON BUSSE *et al.*, Opioids for chronic noncancer pain, A systematic review and meta-analysis, JAMA 320 (23), 2018, p. 2448–2460.

¹⁹⁶ Voir les multiples émissions de la RTS à ce sujet, et notamment la page « En Suisse aussi, la forte hausse des prescriptions d’opioïdes inquiète », sous <https://www.rts.ch/info/sciences-tech/medecine/9665325-en-suisse-aussi-la-forte-hausse-des-prescriptions-dopioïdes-inquiete.html>. Cependant, LUCIAN M. MACREA, présentation powerpoint, Swiss Pain Institute, Notre modèle suisse de prescription de morphine peut-il nous protéger d’une crise semblable à celle des Etats-Unis, 2019. Cf. aussi Addiction suisse, Panorama suisse des addictions 2020, p. 26 ; Monitoring suisse des addictions, Einnahme von psychoaktiven Medikamenten in der Schweiz im Jahr 2016, 2018.

¹⁹⁷ « Une enquête menée auprès de la population suisse montre que seul un cinquième (19.9%) des répondant-e-s sont en faveur de l’actuelle législation vis-à-vis du cannabis. 18.7% souhaiteraient une approche plus restrictive alors que près de 53% sont en faveur d’une approche moins restrictive. Ils se répartissent entre 25.9% des répondants qui souhaitent une régulation similaire à l’alcool, 20.4% une régulation plus stricte que l’alcool et 6.5% qui souhaitent uniquement dépénaliser la consommation de cannabis. » Addiction suisse, Panorama suisse des addictions 2020, p. 23.

¹⁹⁸ Pour de nombreuses organisations internationales, la priorité doit être donnée à la protection des droits de l’homme, et non aux conventions en matière de stupéfiants. Cf. UNAIDS/OMS/ UNDP/HRDP, International guidelines on Human Rights and Drug policy, 2019, points V.1.iii et V.2.iv.a.

¹⁹⁹ « Just say no » était le slogan d’une campagne américaine des années 80 et 90 contre l’usage de drogues ; il fut promu par l’administration Reagan. Voir les explications sur Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/Just_Say_No.

²⁰⁰ Le slogan est repris du site web de plusieurs partenaires suisses accessible sous <https://fr.know-drugs.ch/>. Il s’agit aussi du titre d’un article de 1998, JEROME BECK, 100 years of « just say no » versus « just say know ». Reevaluating drug education goals for the coming century, Evaluation Review 22(1), 1998, p. 15–45.

Cette recherche a fait l'objet d'un financement du FNS (projet 100011_182477 sur la réglementation des médicaments sous contrôle). Pour plus de détails sur le projet : <https://wp.unil.ch/medicaments-sous-controle/>.

Les auteurs remercient Caroline Schmitt-Koopmann, titulaire d'un master en sciences pharmaceutiques et candidate au doctorat dans le cadre du projet FNS susmentionné.