

BGer 2C 90/2016 vom 2. August 2016

Bundesgericht, 2016-08-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_90_2016

FR: TF 2C 90/2016 du 2 août 2016

IT: TF 2C 90/2016 del 2 agosto 2016

Regeste

Autorisation d'exploiter une pharmacie; qualité pour recouvrir d'une société concurrente |
Droit fondamental

Erwägungen

E. 1.1

Dans une procédure administrative, l'auteur d'un recours déclaré irrecevable pour défaut de la qualité pour agir est habilité à contester l'arrêt d'irrecevabilité par un recours en matière de droit public lorsque la cause au fond aurait pu être déférée au Tribunal fédéral par cette voie de droit (ATF 135 II 145 consid. 3.2 p. 149; arrêt 2C_68/2015 du 13 janvier 2016 consid. 4.3). En l'espèce, le recours est dirigé contre un arrêt d'irrecevabilité rendu en dernière instance cantonale dans le cadre d'une contestation portant au fond sur une cause de droit public (art. 82 let. a LTF), à savoir la délivrance par le Département de la santé d'une autorisation d'exploiter une pharmacie à une société concurrente, et ne tombant pas sous le coup des exceptions de l' art. 83 LTF . La voie du recours en matière de droit public est donc en principe ouverte.

E. 1.2

Inscrite en tant que société anonyme au registre du commerce genevois, la Société 1 dispose de la personnalité morale (cf. art. 643 al. 1 CO [RS 220]) et, partant, de la capacité d'être partie ainsi que d'ester en justice. La recourante a participé à la procédure devant la Cour de Justice. Elle est en outre directement touchée par l'arrêt d'irrecevabilité attaqué et dispose a priori d'un intérêt digne de protection à son annulation, car il lui dénie le droit d'obtenir une décision au fond contre laquelle elle pourrait recourir (cf. art. 89 al. 1 LTF ; ATF 129 II 297 consid. 2.3 p. 301; arrêts 2C_68/2015 du 13 janvier 2016 consid. 1.2; 1C_636/2015 du 26 mai 2016 consid. 1). Le point de savoir si la recourante dispose, comme elle le prétend, d'un droit à une telle décision relève du fond (arrêt 2C_1006/2014 du 24 août 2015 consid. 1.2, non publié in ATF 141 I 172).

E. 1.3

Pour le surplus, le recours a été déposé en temps utile compte tenu des fêtes (art. 46 al. 1 let . c et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF), de sorte que le recours en matière de droit public est recevable, sous réserve du considérant suivant.

E. 1.4

La conclusion subsidiaire de la recourante tendant à l'annulation de l'arrêt cantonal et de l'autorisation d'exploiter une pharmacie octroyée à la Société 4 est irrecevable, car elle dépasse l'objet du litige, seule la décision de la Cour de Justice prononçant l'irrecevabilité du recours cantonal pouvant être remise en cause en l'occurrence (ATF 135 II 145 consid.

3.1 p. 148).

E. 2

Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral contrôle librement le respect du droit fédéral, qui comprend les droits de nature constitutionnelle (cf. art. 95 let. a et 106 al. 1 LTF), sous réserve des exigences de motivation figurant à l'art. 106 al. 2 LTF. Aux termes de cet alinéa, le Tribunal fédéral n'examine les droits fondamentaux que si le grief a été invoqué et motivé par le recourant (cf. ATF 141 I 36 consid. 1.3 p. 41; 136 II 304 consid. 2.5 p. 314). Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 95 let. c, d et e LTF), la violation du droit cantonal en tant que tel ne peut être invoquée devant le Tribunal fédéral. Il est néanmoins possible de faire valoir que son application consacre une violation du droit fédéral, comme la protection contre l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou la garantie d'autres droits constitutionnels (ATF 141 IV 305 consid. 1.2 p. 308; arrêt 2C_655/2015 du 22 juin 2016 consid. 3.1, non destiné à la publication officielle).

E. 3

Le litige porte sur la question de savoir si la Cour de Justice pouvait à bon droit refuser d'entrer en matière sur le recours formé devant elle par la Société 1 à l'encontre de l'autorisation d'exploiter une pharmacie octroyée à la Société 4. A cet égard, la recourante invoque la violation de l'art. 89 LTF relatif à la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 111 LTF ("unité de la procédure").

E. 3.1

L'art. 111 al. 1 LTF prévoit que "la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral". Il en découle que si les cantons demeurent libres de concevoir la qualité pour recourir devant leurs propres autorités de manière plus large que celle devant le Tribunal fédéral, il leur est en revanche interdit d'apprécier cette qualité de manière plus restrictive (ATF 138 II 162 consid. 2.1.1 p. 164; arrêts 2C_68/2015 du 13 janvier 2016 consid. 4.2; 1C_822/2013 du 10 janvier 2014 consid. 2.1). Il convient partant de vérifier librement (art. 106 al. 1 LTF), à l'aune de l'art. 89 al. 1 LTF, si la qualité pour recourir retenue par la Cour de Justice s'avère conforme au standard minimum posé par le droit fédéral à l'art. 111 al. 1 LTF (cf. ATF 135 II 145 consid. 4 p. 149 et consid. 5 p. 150; arrêt 2C_68/2015 précité, consid. 4.2).

E. 3.2

En tant que condition de recevabilité, la qualité pour recourir définit le cercle des personnes à qui est reconnue la faculté de contester un acte administratif. Aux termes de l'art. 89 al. 1 LTF, a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou été privé de la possibilité de le faire (let. a); est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b); et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Selon la jurisprudence, ces conditions sont cumulatives (ATF 137 II 40 consid. 2.2 p. 43). Constitue un intérêt digne de protection, au sens de l'art. 89 al. 1 let. c LTF, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Il consiste donc dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Cet intérêt doit être direct et concret; en particulier, le recourant doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne

d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés (ATF 138 II 162 consid. 2.1.2 p. 164).

E. 3.3

De jurisprudence constante, dans le but d'exclure l'action populaire (cf. ATF 123 II 376 consid. 2 p. 378; arrêts 2C_888/2015 du 23 mai 2016 consid. 2.1; 2C_457/2011 du 26 octobre 2011 consid. 3.3), les concurrents du bénéficiaire d'une autorisation n'ont pas qualité pour recourir du seul fait qu'ils invoquent la crainte d'être exposés à une concurrence accrue; une telle conséquence découle naturellement du principe de la libre concurrence (cf. ATF 142 II 80 consid. 1.4.2 p. 84; 141 II 262 consid. 7.1 p. 279; 139 II 328 consid. 3.3 p. 333; arrêts 2C_888/2015 du 23 mai 2016 consid. 4.4; 2P.169/2006 du 20 septembre 2007 consid. 3.3). En vue de fonder sa qualité pour recourir, un concurrent doit établir l'existence d'un rapport particulièrement étroit et digne de protection (en all.: "eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe") avec l'objet du litige; cette relation doit résulter de la législation applicable au fond. Un tel intérêt digne de protection est susceptible de se présenter dans les branches économiques qui sont gouvernées par des normes de politique économique ou par d'autres règles spécifiques ayant pour effet de placer les concurrents dans une telle relation particulièrement étroite les uns avec les autres (ATF 142 II 80 consid. 1.4.2 p. 84; 139 II 328 consid. 3.3 p. 333; arrêt 2C_622/2013 du 11 avril 2014 consid. 2.3). Un concurrent dispose également de la qualité pour recourir lorsqu'il fait valoir que d'autres concurrents bénéficient d'un traitement de faveur (ATF 142 II 80 consid. 1.4.2 p. 84; 139 II 328 consid. 3.3 p. 333; arrêts 2C_622/2013 du 11 avril 2014 consid. 2.3; 2P.169/2006 du 20 septembre 2007 consid. 3.3).

E. 3.4

La recourante prétend, en substance, que la Cour de Justice aurait dû la considérer comme étant directement atteinte dans ses intérêts dignes de protection pour deux motifs distincts (cf. consid. 3.5 et 3.6 infra).

E. 3.5

En premier lieu, la recourante affirme que la loi cantonale genevoise sur la santé du 7 avril 2006 (LS/GE; RS/GE K 1 03) et le règlement cantonal sur les institutions de santé du 22 août 2006 (RISanté/GE; RS/GE K 2 05.06), qui régissent notamment les pharmacies publiques, ne poursuivraient pas exclusivement, comme retenu par la Cour de Justice, un but de police, mais qu'ils seraient également destinés à protéger l'intérêt économique des (pharmaciens) concurrents. Pour cette raison, ceux-ci auraient qualité pour se plaindre de la violation de ces normes par des tiers. La recourante émet son point de vue en citant les art. 114 al. 3 LS/GE et 60 al. 1 RISanté/GE, dont la teneur est la suivante: Art. 114 al. 3 LS/GE: "La vente directe de médicaments par le médecin traitant (pro-pharmacie) est interdite. Les médecins et les dentistes peuvent cependant administrer directement de manière non renouvelable des médicaments à leurs patients dans les cas d'urgence". Art. 60 al. 1 RISanté/GE: "La pharmacie doit avoir une entrée sur la voie publique et être clairement séparée de tout autre commerce ou institution de santé".

E. 3.5.1

On ne voit pas que les deux dispositions citées par la recourante aient (également) pour but d'accorder une protection spécifique aux pharmacies. Hormis la circonstance que l'interdiction de la pro-pharmacie, à savoir la vente de médicaments par les médecins, ne présente aucun lien avec le présent litige, il résulte du renvoi que les travaux préparatoires

relatifs à l'art. 114 LS/GE opèrent vers les ATF 118 Ia 175 et 119 Ia 433 (cf. exposé des motifs accompagnant le projet de loi sur la santé PL 9328 du Conseil d'Etat genevois, du 2 juillet 2004, p. 100) qu'une telle interdiction vise à garantir un réseau de soins suffisamment dense dans le but de mieux protéger la santé de la population et qu'elle poursuit partant un intérêt de santé publique légitime (cf., en particulier, ATF 118 Ia 175 consid. 3c p. 182; de manière générale, sur le but d'intérêt public des règles relatives à la remise des médicaments, cf. ATF 142 II 80 consid. 2.2 p. 86 s.). Quant à l'exigence que les locaux d'une pharmacie soient reconnaissables et physiquement séparés des autres commerces et institutions de santé, au sens de l'art. 60 RISanté/GE, elle traduit le besoin du public de se procurer, en toute sécurité, conseils et médicaments auprès de pharmacies clairement identifiables et dignes de confiance et ne poursuit dès lors aucun but de politique économique.

E. 3.5.2

Cette analyse est corroborée par l'interprétation et les objectifs de la LS/GE et de son règlement. Dans leur ensemble, ces actes normatifs entendent ainsi poser des règles de qualité et de transparence qui sont destinées à protéger le public à l'attention des professionnels de la santé; ces derniers, en particulier, "fournissent des soins en étant en contact avec leurs patients ou en traitant leurs données médicales" (cf. art. 71 al. 1 LS/GE). En outre, tel qu'il résulte de l'exposé des motifs précité du Conseil d'Etat (p. 101), l'objectif prioritaire de la LS/GE est de permettre au canton d'agir tant envers les professionnels de la santé qu'aussi par rapport à toute activité à risque (cf. art. 124 LS/GE) en vue de protéger la santé publique. Même les dispositions concernant la planification sanitaire cantonale apparaissent comme exclusivement axées sur la volonté de garantir une égalité d'accès de la population à des soins de qualité (art. 1 al. 2 cum 28 ss LS/GE; cf. arrêt 2P.169/2006 du 20 septembre 2007 consid. 3.3), sans qu'il n'y soit pour autant question de soumettre les pharmaciens à des règles, notamment de nature corporatiste, de contingentement (ATF 125 I 7 consid. 3e p. 10) ou équivalant à l'introduction d'une clause du besoin (cf., par exemple, ATF 140 I 218 consid. 6.4 p. 231; arrêt 2C_94/2012 du 3 juillet 2012 consid. 2.3, in FINMA-Bulletin 4/2013 p. 54), qui obligerait les concurrents à interagir d'une manière particulièrement étroite. S'il est certes vrai que les autorités cantonales doivent appliquer la LS/GE et le RISanté/GE de manière à ne pas fausser la concurrence, ce devoir est toutefois le propre de toute réglementation de police et ne fonde donc pas un régime spécial de politique économique (arrêt 2C_94/2012 précité, consid. 2.7), dont la recourante serait en mesure de déduire la qualité pour recourir contre l'autorisation octroyée à une pharmacie concurrente.

E. 3.5.3

Par conséquent, on ne peut reprocher à la Cour de Justice d'avoir nié l'existence de normes ou de règles cantonales conférant une protection (économique) particulière aux pharmacies concurrentes ou instaurant des liens de proximité intenses entre ces dernières.

E. 3.6

La recourante affirme, en second lieu, que la Société 4 aurait bénéficié d'un traitement de faveur et contraire au droit, qui justifierait que la qualité pour recourir contre l'autorisation d'exploiter une pharmacie octroyée à cette dernière concurrente lui soit reconnue. La recourante soutient que l'exploitation, par les mêmes personnes et dans un même immeuble - à savoir le Centre médical -, d'une pharmacie publique (par la Société 4) et d'une

pharmacie d'assistance pharmaceutique (par la Société 3; cf. art. 102 LS/GE), qui plus est en dérogation aux exigences de séparation physique des locaux fixées par l'art. 60 al. 1 RISanté/GE, favoriserait indûment les intérêts économiques de la Société 4 au détriment de ceux de la recourante, dont les locaux se trouvent à proximité immédiate du Centre médical et qui accuserait d'ores et déjà une diminution de son chiffre d'affaires.

E. 3.6.1

Il sera d'emblée rappelé (consid. 3.3 supra) que, contrairement à ce que semble soutenir la recourante, la perte de parts de marché ou la baisse du chiffre d'affaires consécutives à l'installation d'un nouveau concurrent à proximité d'une autre entreprise ne fondent pas, à elles seules, la qualité pour recourir de celle-ci à l'encontre de l'autorisation d'exploiter un commerce octroyée à son concurrent. Il s'agit là en général des conséquences naturelles de la libre concurrence, qui est protégée par les art. 27 et 94 Cst. De surcroît, le seul intérêt des concurrents à ce que les règles générales soient correctement appliquées à toutes les entreprises ne leur confère pas non plus la qualité pour recourir (arrêts 2C_622/2013 du 11 avril 2014 consid. 2.4.3; 2C_94/2012 du 3 juillet 2012 consid. 2.3, in FINMA-Bulletin 4/2013 p. 54). Les arguments de la recourante tirés de sa proximité, à une distance de 100 mètres environ, du Centre médical et de la perte alléguée de son chiffre d'affaires ne sauraient donc, à eux seuls, fonder sa qualité pour recourir contre l'autorisation accordée à sa concurrente.

E. 3.6.2

Par ailleurs, on ne voit pas - et la recourante ne le démontre point - en quoi l'assimilation, par les autorités cantonales, du Centre médical abritant la Société 4 à un centre commercial serait arbitraire. Compte tenu des différences entre la situation d'une pharmacie intégrée dans un tel centre et celle d'une pharmacie qui, à l'instar de la Société 1, dispose de locaux séparés donnant directement sur la voie publique, on ne saurait reprocher à la Cour de Justice d'avoir, à tout le moins implicitement, retenu que l'adaptation des règles applicables et l'imposition d'exigences spécifiques à la Société 4 en vue de tenir compte de sa situation ne constituaient pas un traitement de faveur au détriment de la Société 1, malgré leur relative proximité géographique. Il résulte au demeurant des faits constatés dans l'arrêt attaqué, qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), et des faits auxquels l'arrêt cantonal se réfère (art. 105 al. 2 LTF ; cf., en particulier, le procès-verbal relatif au transport sur place que la Cour de Justice a effectué le 10 juin 2014, ainsi que celui relatif à la comparution personnelle des parties du 28 avril 2014), que les autorités cantonales ont considéré que la Société 4 respectait les exigences auxquelles la soumettait l'arrêté litigieux du 13 mai 2013, à savoir, d'une part, l'existence d'une signalétique pour identifier et séparer clairement la pharmacie des autres institutions de santé sises dans le Centre médical, et d'autre part, la garantie que l'accès du public à la pharmacie soit possible en permanence afin d'assurer, s'il y a lieu, un service de garde: d'une part, un accès permanent à la pharmacie publique exploitée par la Société 4 demeurerait possible en tant que de besoin via un sas et, hors des heures d'ouverture du Centre médical, par une porte particulière; d'autre part, la pharmacie de la Société 4 disposait de sa propre enseigne et d'un drapeau à croix verte. En outre, le risque de voir la pharmacie publique profiter des achats de médicaments au prix d'usine effectués par la pharmacie d'assistance médicale (cf. art. 81 RISanté/GE) sise dans le même Centre médical était neutralisé par les contrôles ciblés opérés par le Pharmacien cantonal à cet égard (cf. procès-verbal du 28 avril 2014, p. 4; voir aussi les explications fournies par la Société 4 en p. 5). Quant à l'avantage compétitif que redoute la

recourante du fait que la pharmacie publique concurrente sera fréquentée par la clientèle des autres prestataires de soins au sein du Centre médical, il ne dérive pas des normes cantonales ou de leur application, tel que l'affirme la recourante, mais bien du regroupement, purement factuel, de plusieurs entreprises de soins, dont des cabinets médicaux, dans un unique bâtiment. Par conséquent, la Cour de Justice n'a pas violé le droit en réfutant l'existence d'un traitement de faveur concernant la Société 4.

E. 3.7

C'est aussi en vain que la recourante se prévaut des ATF 97 I 591 (consid. 2 p. 593) et 98 Ib 226 (consid. 2 p. 228 s.) pour fonder sa propre qualité pour recourir. Dans ces deux causes relatives au même litige, à savoir le recours formé par des pharmacies à l'encontre de l'autorisation d'ouvrir une pharmacie avec un horaire plus large au sein d'une gare ferroviaire, la qualité pour recourir avait en effet été reconnue, d'une part, parce que la pharmacie de gare avait été autorisée à pratiquer des heures d'ouverture considérablement plus larges que les horaires imposés aux pharmacies concurrentes, de sorte à en retirer un avantage compétitif évident. D'autre part et surtout, cette autorisation intervenait sur un marché qui était régi par une clause du besoin, ce qui avait pour effet d'instaurer un lien étroit entre les divers concurrents. Une pareille situation fait cependant défaut en l'espèce.

E. 3.8

La recourante n'invoque de surcroît aucune application arbitraire du droit de procédure cantonal susceptible, le cas échéant, de lui conférer une qualité pour agir cantonale dépassant les exigences minimales fixées par les art. 89 al. 1 et 111 al. 1 LTF (cf. arrêt 2C_622/2013 du 11 avril 2014 consid. 2.5).

E. 3.9

En résumé, la Cour de Justice n'a pas violé le droit en refusant à la Société 1 la qualité pour recourir contre l'arrêté du 13 mai 2013 et, ainsi, en n'entrant pas en matière sur son recours du 19 novembre 2013. En tant que la recourante se prévaut, comme grief supplémentaire, de l'interdiction du déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.) en lien avec cette décision cantonale d'irrecevabilité, en reprochant à la Cour de Justice de ne pas s'être prononcée sur diverses questions matérielles, son grief se recoupe avec ceux qui viennent d'être abordés et doit donc être écarté pour les mêmes motifs.

E. 4

La recourante se plaint aussi d'une violation par la Cour de Justice de son droit d'être entendue, en lien avec le refus par le Département de la santé de lui donner accès au rapport d'inspection du Pharmacien cantonal du 3 avril 2013 au sujet des locaux de la Société 4. Elle expose que, le 20 novembre 2014, le juge délégué de la Cour de Justice avait, à teneur de l'arrêt entrepris (p. 10), ordonné au Département de la santé de lui transmettre le Rapport considéré comme devant être soustrait à la consultation de la recourante. Le 25 novembre 2014, ce Rapport avait été communiqué à la Cour de Justice dans le cadre d'une procédure de recours distincte engagée par la recourante à l'encontre du refus de consultation précité. La recourante dit ignorer si la Cour de Justice a tenu compte du "volet inspections" incluant ledit Rapport dans l'optique de rendre l'arrêt litigieux, notamment pour déterminer si la Société 4 avait bénéficié d'un traitement de faveur ou non.

E. 4.1

Consacré à l' art. 29 al. 2 Cst. , le droit d'être entendu garantit notamment le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282).

E. 4.2

En l'occurrence, il résulte de l'arrêt attaqué que le Rapport a été transmis à la Cour de Justice dans le contexte d'une autre procédure portant sur le refus par le Département de la santé de divulguer ledit document (arrêt attaqué, p. 10, ch. 43). Or, rien n'indique - et la recourante ne le rend nullement vraisemblable - que les juges cantonaux auraient pris en compte le Rapport dans le cadre du présent litige. Au demeurant, ceux-ci ont nié l'existence d'un traitement de faveur ou contraire au droit, susceptible de conférer la qualité pour recourir à la Société 1, sur la base des "mesures d'instruction de la présente procédure" (arrêt attaqué, p. 13), ce qui permet sans arbitraire d'exclure la prise en compte d'éléments versés dans le cadre d'une procédure formellement distincte.

E. 4.3

En outre, il ne saurait être reproché à la Cour de Justice, comme y procède pourtant la recourante, d'avoir opéré une appréciation anticipée arbitraire des preuves en refusant d'intégrer le Rapport contesté au dossier de la présente cause. En effet, les offres de preuves présentées par la recourante portaient sur des éléments sans pertinence, qui n'étaient d'emblée pas à même de fonder un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet de la contestation, lequel se limite au déni de la qualité pour recourir et au refus d'entrer en matière par la Cour de Justice (cf. arrêts 2C_622/2013 du 11 avril 2014 consid. 2.5; 2C_166/2012 du 10 mai 2012 consid. 4.2). Partant, les griefs de la recourante tirés de son droit d'être entendue et d'une appréciation anticipée des preuves arbitraire par la Cour de Justice doivent être écartés.

E. 4.4

Dans ces circonstances, le recours doit être rejeté, en tant qu'il est recevable.

E. 5

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Etant donné que les intimés n'ont pas été invités à se déterminer et que le Département cantonal obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions, il n'y a pas lieu de leur accorder des dépens (art. 68 al. 1, 2 et 3 LTF).

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