

# **GE\_GERICHTE A/2655/2005 vom 9. Mai 2006**

GE Cour de justice, 2006-05-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2655\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2655_2005)

FR: GE\_GERICHTE A/2655/2005 du 9 mai 2006

IT: GE\_GERICHTE A/2655/2005 del 9 maggio 2006

## **Regeste**

; VENTE À DISTANCE ; MÉDICAMENT ; PRIMAUTÉ DU DROIT FÉDÉRAL | Le Tribunal administratif a jugé que le département de l'économie et de la santé avait rendu une décision constatatoire en prenant position sur un concept de vente par correspondance de médicaments proposé par la société aux médecins genevois. Le tribunal de céans a examiné la légalité dudit concept au regard des dispositions fédérales et cantonales relatives à la transmission électronique des données, au libre-choix par le patient de son praticien, au dédommagement des médecins et à la livraison des médicaments au cabinet médical. | LPA.4.al1.litb ; Cst.49 ; LPTh.27 ; LPTh.33 ; RLPS.21 ; LPS.10 ; LPS.100 ; LAMal.41.al1

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Zur Rose S.A. (ci-après : la société ou la recourante) a notamment pour but social la gestion d'une pharmacie de même que la fabrication et le commerce, y compris la distribution de médicaments et de produits pharmaceutiques. Depuis le 19 octobre 2000, elle est au bénéfice d'une autorisation de gérer une pharmacie de vente par correspondance délivrée par le Conseil d'Etat du canton de Thurgovie.

### **E. 2**

En 2004, la société a approché des médecins genevois pour leur vanter les mérites de sa pharmacie de vente par correspondance (ci-après : le concept).

### **E. 3**

Selon ledit concept, le médecin réalisait une ordonnance sur un support informatisé et la transmettait par voie électronique à la société. Les données de l'ordonnance étaient vérifiées électroniquement, puis contrôlées par un pharmacien pour chacune des livraisons afin d'en exclure des erreurs. La société livrait alors les patients directement par poste dans les deux jours ouvrables ou expédiait le ou les médicament(s) dans le même délai au cabinet médical où le patient pouvait venir les chercher. La société ne facturait ni taxe patient ni taxe pharmacien, accordait une remise aux caisses maladie et versait des indemnités au prescripteur, selon le principe suivant : Le médecin recevait un dédommagement de 20% du prix public par ligne d'ordonnance, mais au maximum CHF 5.-. S'il s'agissait d'un renouvellement, le praticien recevait CHF 3.-. Si le patient venait retirer les médicaments au cabinet, le médecin recevait CHF 5.- supplémentaires par ordonnance pour récompenser sa contribution à l'économie des frais de port pour la pharmacie. Il n'y avait pas de dédommagement pour les ordonnances d'un montant inférieur à CHF 50.-. Le praticien pouvait signer un contrat de partenariat ou devenir actionnaire de la société. La société mettait par ailleurs gratuitement à la disposition des médecins, le logiciel RosenStudio permettant la saisie et l'envoi des ordonnances.

#### **E. 4**

Des médecins genevois se sont tournés vers la direction générale de la santé (ci-après : DGS) pour savoir si le concept proposé était autorisé par les législations en vigueur. La DGS a décidé de prendre position par courrier du 17 novembre 2004 adressé à la société. Le concept mettait en évidence un ensemble de problèmes, dont la transmission électronique des prescriptions, le libre-choix par le patient de son praticien, le dédommagement des médecins et la livraison des médicaments au cabinet médical. Elle a conclu en demandant à la société de "mettre un terme immédiat au développement de son concept en partenariat avec des médecins genevois".

#### **E. 5**

A réception dudit courrier, la société a sollicité une entrevue. Celle-ci a eu lieu le 27 janvier 2005. Etaient présents, Monsieur Jean-Marc Guinchard, directeur de la DGS, Monsieur Christian Robert, pharmacien cantonal, Monsieur Walter Oberhäsli, président et délégué du conseil d'administration de la société, et Monsieur Norbert Benz, chef de "business to consumer".

#### **E. 6**

Après avoir expliqué leur concept, les représentants de la société ont émis le souhait de pouvoir se déterminer en détail par écrit. Leur détermination a été adressée à la DGS le 28 février 2005. En substance, la transmission électronique d'ordonnances ne contrevenait pas à l'article 21 du règlement d'exécution de la loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical (RLPS - K 3 05.01). En effet, la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique du 19 décembre 2003 (loi sur la signature électronique, SCSE - RS 943.03) mettait sur un pied d'égalité la signature électronique et la signature manuscrite. Les patients étaient libres de s'approvisionner en médicaments auprès des pharmacies officinales ou auprès de la société. Ne constituait ni un avantage au sens de l'article 56 alinéa 3 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10), ni une répercussion au sens de l'article 56 alinéa 4 LAMal, l'acquittement de prestations de médecins par la société pour le temps qu'ils consacraient à la saisie électronique des ordonnances. En outre, la DGS n'était pas en droit de faire valoir des prétentions portant sur des avantages ou leur répercussion selon l'article 56 alinéa 4 LAMal, pas plus qu'elle n'était compétente pour mener une procédure selon le même article. L'envoi de médicaments à des patients domiciliés à Genève était autorisé par la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (loi sur les produits thérapeutiques, LPT - RS 812.21).

#### **E. 7**

Le 24 juin 2005, le département de l'action sociale et de la santé devenu depuis lors le département de l'économie et de la santé (ci-après : DES ou le département) s'est déterminé sur la prise de position suscitée, en qualifiant son courrier de décision sujette à recours auprès du Tribunal administratif dans un délai de 30 jours. La loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations (CO - RS 220)) assimilait à la signature manuscrite, la signature qualifiée basée sur un certificat qualifié émanant d'un fournisseur de services de certification reconnu. Cette première condition n'était toutefois pas remplie actuellement. Le concept était également contraire à l'article 43 de l'ordonnance fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (OStup - RS 812.121.1) qui exigeait la signature manuscrite du médecin pour la prescription de

stupéfiants, ainsi qu'à l'article 21 RLPS qui précisait que les ordonnances étaient datées et signées par leur auteur. Le concept mis en place ne donnait pas toutes les garanties du respect du libre-choix du patient prévu par l'article 10 de la loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (LPS - K 3 05). Le dédommagement du médecin engendrait une incitation financière manifeste qui pouvait influencer le contenu de la prescription. Enfin, la livraison de médicaments au cabinet médical violait l'interdiction de la pro-pharmacie (remise directe par un médecin de médicaments à un patient) consacrée par l'article 100 LPS. Le département est parvenu à la conclusion que le concept tel qu'il avait été présenté "est contraire aux dispositions légales en vigueur et que s'il était développé à Genève, le département serait contraint de prendre des sanctions".

#### **E. 8**

Par acte du 25 juillet 2005, la société a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée. La décision attaquée remplissait les conditions formelles d'une décision au sens de l'article 46 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), mais elle était nulle au regard des articles 4 et 5 LPA, le caractère individuel, concret, et obligatoire faisait défaut. La recourante a encore fait valoir à titre subsidiaire une violation de la force dérogatoire du droit fédéral, le défaut de compétence du département pour appliquer tant la LPTh que la LAMal et le défaut de base légale cantonale. Elle conclut principalement à la nullité de la décision du département, subsidiairement à l'annulation de la décision et à l'octroi d'une indemnité.

#### **E. 9**

Le département a répondu le 27 septembre 2005 en concluant au rejet du recours. En substance, la décision rendue était de même nature que les décisions constatatoires dites également déclaratives, l'autorité ne statuait pas sur un cas déterminé, mais posait à l'avance, à l'intention d'un administré ce que celui-ci était en droit de faire ou d'attendre d'elle. Il avait agi dans l'intérêt d'une bonne application de la loi en faisant savoir à l'avance la façon dont il entendait la faire appliquer. La décision permettait ainsi à la recourante de connaître la prise de position du DES sur son activité et les conséquences juridiques de ses actes et de prendre les dispositions nécessaires pour s'y conformer. Sur le fond, le département a développé les griefs mis en évidence dans sa décision en précisant que le dédommagement du médecin tel qu'il était prévu violait l'article 33 LPTh.

#### **E. 10**

A sa demande, la recourante a répliqué le 28 novembre 2005. Le DES avait violé son droit d'être entendue quant aux moyens de preuves qu'il avait pris en compte dans la décision attaquée. La société conclut principalement à la nullité de la décision du 24 juin 2005 rendue par le département et au renvoi de la cause au département pour nouvelle instruction. Subsidiairement, elle conclut à ce que le Tribunal administratif lui accorde un délai pour compléter sa motivation et se déterminer sur les mesures d'instruction nécessaires. Elle requiert dans les deux cas l'octroi d'une indemnité de procédure.

#### **E. 11**

Le département a dupliqué par acte du 21 décembre 2005, en persistant dans ses conclusions.

#### **E. 12**

Enfin, le concept serait contraire à l'article 100 LPS interdisant la pro-pharmacie. Selon le Tribunal fédéral, l'interdiction de la pro-pharmacie a principalement pour but de faire en sorte qu'une région soit dotée d'un nombre suffisant de pharmacies proprement dites qui disposent en général d'un assortiment de produits plus vaste que le médecin (ATF 116 Ia 175 publié in JT 1994 I p.644, cons. 2). Comme le système pratiqué par la recourante fait intervenir un pharmacien, le but poursuivi par l'interdiction de la pro-pharmacie n'est pas mis en cause. Certes, les fournisseurs de prestations sont des pharmaciens situés hors du canton. Toutefois, comme il a été relevé ci-dessus, l'article 41 alinéa 1 LAMal prévoit que l'assuré a le libre-choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie. Parmi ceux-ci figurent les pharmaciens (art. 35 al.2 2b et 37 LAMal). Les assurés ne sont donc pas tenus de s'approvisionner auprès d'un pharmacien établi dans leur canton de résidence. Dès lors, on ne saurait reprocher aux futurs médecins adhérant au concept de pratiquer la pro-pharmacie, cette notion impliquant nécessairement l'absence d'intervention d'un pharmacien. (Cf. dans le même sens, Arrêt de la chambre administrative du canton du Jura du 17 août 1998 publié in RJJ 1998 p.262-275, 273). La décision du département est donc mal fondée sur ce point.

### **E. 13**

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision du département annulée. Un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du département de l'économie et de la santé (ATA/423/2005 du 14 juin 2005) qui succombe. Une indemnité de 2'000.- sera allouée à la recourante à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA). \*\*\*\*\*

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