

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1609/2018-PATIEN

ATA/1053/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 octobre 2018

dans la cause

Madame A_____

contre

DÉPARTEMENT DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

1. Le 12 avril 2018, le service du pharmacien cantonal (ci-après : le pharmacien cantonal) a distribué une « circulaire aux pharmacies concernées » (ci-après : la circulaire) portant, sous concerne, les mentions « Remise de Dormicum / Information confidentielle ».

Il avait été informé par la caisse maladie de Madame A_____, « que votre officine a été amenée à délivrer du Dormicum en 2017 et/ou début 2018 à cette personne ».

L'intéressée avait un traitement de substitution autorisé dans une pharmacie genevoise qui ne comprenait pas la prescription de Dormicum. Il était en conséquence demandé aux pharmacies de ne plus honorer des ordonnances de Dormicum pour cette patiente, quel que soit le médecin prescripteur.

2. Par acte posté le 11 mai 2018, Mme A_____ a recouru contre ce document auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle a préalablement conclu à ce que soit « prononcé l'effet suspensif » à son recours, et, principalement, « sous suite de dépens », à l'annulation de la circulaire.

Son pharmacien, Monsieur B_____ (ci-après : le pharmacien de suivi), lui avait indiqué avoir reçu la circulaire lui faisant interdiction de lui remettre du Dormicum. Il avait vainement tenté d'obtenir la levée de cette interdiction en expliquant au pharmacien cantonal combien ce médicament était nécessaire à sa thérapie. Il s'était vu opposer une fin de non-recevoir.

La circulaire était une décision. Le délai de recours n'avait jamais commencé à courir, ce document confidentiel lui ayant été communiqué par son pharmacien, ce qu'il n'était pas censé faire. L'art. 5 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) avait été violé car aucune base légale ne permettait au pharmacien cantonal de rendre une telle décision, laquelle ne répondait à aucun intérêt public et était contraire tant au principe de subsidiarité qu'au principe de la bonne foi. En outre, la circulaire avait été rendue en violation de son droit d'être entendue.

3. Le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : le département), devenu depuis lors le département de l'emploi et de la santé, a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif.
4. Le 18 mai 2018, la présidence de la chambre administrative a suspendu, sur mesures provisionnelles, les effets de la circulaire.

Elle a imparti au pharmacien cantonal un délai au 24 mai 2018, prolongé au 28 mai 2018, pour lui indiquer si Mme A_____ pouvait, sans autre, obtenir son traitement de substitution, soit de la morphine et de l'oxazépam, si elle avait besoin d'une ordonnance pour obtenir ces substances et, dans l'affirmative, si une telle ordonnance lui avait été délivrée et par quel médecin. Le pharmacien cantonal était par ailleurs invité à préciser si, comme l'affirmait le pharmacien de suivi, un arrêt brutal de la délivrance du Dormicum était susceptible de mettre la vie de l'intéressée en danger et si le traitement de substitution, pris dès l'arrêt du Dormicum, permettait de pallier ce risque, aucune réponse n'ayant été apportée aux préoccupations du pharmacien de suivi quant à la diminution progressive du Dormicum. Enfin, il ressortait du dossier qu'une procédure était ouverte auprès de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients quant au bien-fondé du traitement.

5. Dans le délai, le pharmacien cantonal a fait savoir que l'intéressée était au bénéfice d'un traitement de substitution de morphine et d'oxazépam prescrit par son médecin traitant. Ce traitement avait fait l'objet d'une annonce et elle pouvait l'obtenir auprès de son pharmacien de suivi. L'annonce initiale obligatoire de prescription de stupéfiants ne contenait aucune indication au sujet de la fréquence de prescription du traitement. Il n'était dès lors pas en mesure de préciser quand l'ordonnance la plus récente avait été délivrée, cette information n'étant connue que du médecin traitant, du pharmacien de suivi et du patient. Les modalités précises du traitement, notamment la posologie, n'étaient pas non plus portées à sa connaissance.

Le midazolam, principe actif du Dormicum, était une benzodiazépine à courte durée d'action. Sa consommation, particulièrement à hautes doses, impliquait un risque d'addiction très important. C'était l'une des raisons qui avait conduit à l'exclusion du midazolam des benzodiazépines autorisées pour les traitements de substitution pour lui préférer des benzodiazépines à durée d'action plus longue comme l'oxazépam. Il serait contraire aux règles de bonnes pratiques de stopper brutalement la prise de Dormicum. En revanche, une transition pouvait être faite sans délai avec une benzodiazépine à longue durée d'action sous le contrôle et le suivi médical d'un spécialiste en addiction.

Le pharmacien cantonal a notamment versé à la procédure une copie du « CTA- Contrôle des Traitements des Addictions » (ci-après : CTA), sur lequel figuraient les informations relatives à l'annonce initiale de prescription de stupéfiant, à savoir le nom du médecin prescripteur, le nom de la patiente et sa date de naissance, le nom du pharmacien de suivi et celui de son remplaçant, la date du début et de l'entrée en vigueur du traitement et enfin les noms des produits autorisés.

6. Mme A_____ a répondu, persistant dans ses arguments et conclusions.

Il ressortait de la procédure que son assurance-maladie avait communiqué au médecin cantonal des informations relatives à son changement de médecin traitant, à la quantité de Dormicum qu'elle s'était vu prescrire et qu'elle avait consommé et au nombre de pharmacies auprès desquelles elle allait chercher sa médication. Ce faisant, son assurance-maladie avait violé le secret médical.

7. Le 29 juin 2018, le département a conclu à l'irrecevabilité du recours, la circulaire n'étant pas une décision.

Le traitement par substitution annoncé au médecin cantonal, et qui ne pouvait être délivré que par le pharmacien de suivi, n'incluait pas le midazolam, mais de la morphine et de l'oxazépan. L'éventuelle admission du recours ne modifierait en rien la composition du traitement autorisé. En effet, la circulaire n'était pas la décision par laquelle était intervenue l'admission ou non du Dormicum à hautes doses comme traitement autorisé. La circulaire n'avait eu pour vocation que de rappeler à certaines pharmacies l'existence du traitement de substitution annoncé et d'interdire la délivrance parallèle de Dormicum par celles-ci.

Même si le recours était admis, le processus d'annonce relevant des dispositions relatives à la prescription de stupéfiants, de même que l'exigence d'un second avis médical relatif au traitement par hautes doses de Dormicum, ne seraient en rien modifiés.

8. Mme A_____ a persisté dans ses arguments et ses conclusions.

Dans son recours, elle n'avait donné aucune indication « portant sur son diagnostic et son traitement », informations dont la nature était strictement protégée par le secret médical. Or, sans avoir obtenu la levée du secret médical, le département avait versé le CTA à la procédure. Elle réservait « ici, en tant que de besoin, tous ses droits ». Il n'était en outre aucunement question pour elle d'exposer sa situation médicale devant la chambre administrative, de lever quiconque du secret professionnel, ni de faire preuve d'une quelconque tolérance à l'égard de toute violation du secret qui la protégeait. Cette circonstance traduisait en outre son impossibilité d'exercer son droit d'être entendue devant la chambre administrative.

9. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Selon l'art. 132 al. 2 LOJ, le recours y est

ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6 al. 1 let. a et e, ainsi que 57 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Sont réservées les exceptions prévues par la loi.

b. Aux termes de l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c). À teneur de l'art. 4 al. 2 LPA, les décisions incidentes sont également considérées comme des décisions.

c. En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, soit les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2 ; ATA/1502/2017 du 21 novembre 2017). En outre, ce n'est pas la forme de l'acte qui est déterminante, mais son contenu et ses effets (ATA/180/2018 du 27 février 2018 et les références citées).

2. a. Selon l'art. 2 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (LStup - RS 812.121), on entend par stupéfiants, les substances et préparations qui engendrent une dépendance et qui ont des effets de type morphinique, cocaïnique ou cannabique, et celles qui sont fabriquées à partir de ces substances ou préparations ou qui ont un effet semblable à celles-ci (let. a). On entend par substances psychotropes, les substances et préparations engendrant une dépendance qui contiennent des amphétamines, des barbituriques, des benzodiazépines ou des hallucinogènes tels que le lysergide ou la mescaline ou qui ont un effet semblable à ces substances ou préparations (let. b). Aux let. c à f de cette disposition sont définies les notions de substances, préparations, précurseurs et adjuvants chimiques, notions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce.

Le département fédéral de l'intérieur (ci-après : le DFI) établit la liste des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques. À cet effet, il se fonde en principe sur les recommandations des organisations internationales compétentes (art. 2a LStup).

Sauf disposition contraire de la LStup, les dispositions relatives aux stupéfiants s'appliquent également aux substances psychotropes (art. 2b LStup).

Les cantons pourvoient à la prise en charge des personnes dont l'état requiert un traitement médical ou psychosocial ou des mesures d'assistance en raison de troubles liés à l'addiction (art. 3d al. 1 LStup). La prescription, la remise et l'administration des stupéfiants destinés au traitement des personnes dépendantes sont soumises au régime de l'autorisation. Celle-ci est octroyée par les cantons. Le Conseil fédéral peut fixer des conditions générales (art. 3e al. 1 et 2 LStup).

b. On entend par traitement avec prescription de stupéfiants ou de produits de substitution le remplacement, sur prescription médicale, d'un stupéfiant consommé sans autorisation par une préparation remise dans le cadre d'un traitement médical et psychosocial (art. 2 let. b de l'ordonnance relative à l'addiction aux stupéfiants et aux autres troubles liés à l'addiction du 25 mai 2011- OASTup - RS 812.121.6). Selon l'art. 9 OASTup, pour l'octroi d'une autorisation de suivre un traitement avec prescription de stupéfiants selon l'art. 3 al. 1 LStup, le canton doit exiger du médecin traitant des informations dont la liste figure aux let. a à h. Il s'agit notamment du nom, prénom et date de naissance du patient, du nom et du prénom du médecin traitant et de l'organisme de remise.

c. L'ordonnance sur le contrôle des stupéfiants du 25 mai 2011 (OCStup - RS 812.121.1) régit l'autorisation et le contrôle des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques définis à l'art. 2 LStup ainsi que les matières premières et les produits ayant un effet similaire à celui des substances et des préparations au sens de l'art. 7 LStup.

Selon les art. 3 al. 1 et 2 let. a et b. OCStup, le DFI désigne les substances soumises à contrôle et détermine les mesures de contrôle auxquelles elles sont soumises. À cet effet, il établit des tableaux définis aux let. a à g, seules les lettres a et b étant pertinentes en l'espèce. Le tableau a) (let. a) désigne les substances soumises à contrôle soumises à toutes les mesures de contrôle. Le tableau b) (let. b) désigne les substances soumises à contrôle soustraites partiellement aux mesures de contrôle.

L'art. 46 OCStup prévoit que les médecins ne peuvent prescrire des médicaments contenant des substances soumises à contrôle qu'aux patients qu'ils ont examinés eux-mêmes (al. 1). La prescription de substances soumises à contrôle figurant dans les tableaux a et d ne peut être effectuée qu'au moyen de l'ordonnance de stupéfiants prévue à cet effet (al. 2). La prescription de médicaments contenant des substances soumises à contrôle figurant dans les tableaux b et c peut être effectuée au moyen de formules d'ordonnances ordinaires (al. 3).

Les tableaux mentionnés ci-dessus sont définis dans l'ordonnance du DFI sur les tableaux des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques du 30 mai 2011 (OTStup-DFI - RS 812.121.11).

d. Le département chargé de la santé (ci-après : département) met en œuvre la politique cantonale de la santé. À ce titre, il pourvoit à l'exécution des conventions internationales, du droit fédéral, des conventions intercantionales et de la législation cantonale dans le domaine de la santé (art. 6 al. 1 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 - LS - K 1 03).

Selon l'art. 1 al. 1 du règlement relatif à l'application de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 27 juin 2007 (RaLStup - K 4 20.02), le département, soit pour lui le médecin cantonal et le pharmacien cantonal, est l'autorité chargée d'appliquer la loi. Tout médecin désirant prescrire des traitements de stupéfiants aux personnes dépendantes doit obtenir une autorisation spéciale du médecin cantonal (art. 14 al. 1 RaLStup). Tout médecin doit annoncer, dans un délai de cinq jours ouvrables, au médecin cantonal les traitements qu'il initie, modifie ou clôt, au moyen d'un formulaire d'annonce électronique. Ce formulaire doit mentionner le médecin, son remplaçant, la pharmacie en principe sise dans le canton qui délivre le stupéfiant, ainsi que le patient. Le formulaire doit être imprimé et cosigné par le médecin et le patient. Le médecin conserve le formulaire dans le dossier du patient. Le médecin remplaçant et la pharmacie acceptent le traitement en le validant électroniquement (art. 15 al. 1 RaLStup). Le médecin cantonal tient un registre des traitements (art. 18 al. 1 RaLStup).

3. Dans le cas d'espèce, la recourante fait l'objet d'un traitement de substitution, ce qu'elle ne conteste pas. Il ressort du dossier que, comme le prévoient les art. 9 OASup et 15 al. 1 RaLStup, ce traitement de substitution a été annoncé par le médecin traitant, puis autorisé. Il contient, selon le CTA, de la morphine et de l'oxazépam, la morphine figurant sur le tableau a) de l'OTStup-DFI et l'oxazépam sur le tableau b).

Le traitement de substitution autorisé ne contient donc pas de Dormicum, médicament dont le principe actif, le midazolam, figure sur le tableau b) de l'OTStup-DFI. À l'instar de l'oxazépam, il s'agit d'une benzodiazépine, à savoir une substance psychotrope à laquelle s'appliquent les dispositions relatives aux stupéfiants selon l'art. 2b LStup. Du fait de son traitement de substitution, l'accès à ce médicament imposait d'être annoncé, puis autorisé, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

La circulaire ne fait que rappeler cet état de fait. Elle ne déploie aucun effet juridique et ne modifie en rien la situation de la recourante vis-à-vis du traitement de substitution qu'elle est autorisée à suivre. D'ailleurs, même si le recours était

admis et que la directive était annulée, cela ne changerait rien au fait que le traitement annoncé et autorisé ne contient pas de Dormicum.

Force est ainsi de constater que la circulaire n'est pas une décision. Le recours du 11 mai 2018 sera en conséquence déclaré irrecevable.

4. Enfin, l'attention du département sera attirée sur le fait que, comme cela ressort de l'écriture du pharmacien cantonal du 28 mai 2018, il serait contraire aux règles de bonnes pratiques de stopper brutalement la prise de Dormicum.
5. La recourante plaidant au bénéfice de l'assistance juridique, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA et 11 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03). Compte tenu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

déclare irrecevable le recours interjeté le 11 mai 2018 par Madame A_____ contre la circulaire aux pharmacies concernées du 12 avril 2018 du service du pharmacien cantonal ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité de procédure ;

attire l'attention du département sur le fait que, comme cela ressort de l'écriture du pharmacien cantonal du 28 mai 2018, il serait contraire aux règles de bonnes pratiques de stopper brutalement la prise de Dormicum ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Madame A_____, ainsi qu'au département de l'emploi et de la santé.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Pagan et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :