

100.2022.383
2022.GSI.3423
KUQ/EGC

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du juge unique du 27 décembre 2022

Droit administratif

C. Tissot, juge
Q. Kurth, greffier

A. _____
représentée par Me B. _____
recourante

contre

**Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration du
canton de Berne**
Secrétariat général, Service juridique, Rathausplatz 1, 3000 Berne 8

relatif à une décision incidente de cette dernière du 20 décembre 2022
(2022.GSI.3423; refus de restituer l'effet suspensif à titre de mesure
superprovisionnelle)



En fait:

A.

La société A. _____ a son siège dans le canton de Berne et a en particulier comme but le commerce de produits pharmaceutiques. Elle exploite une pharmacie, également sise dans le canton de Berne.

B.

Par décision du 6 décembre 2022, l'Office de la santé (ODS) du canton de Berne a retiré à la recourante, avec effet immédiat, l'autorisation d'exploiter sa pharmacie à partir du 3 novembre 2022. Il a en outre retiré l'effet suspensif à un éventuel recours contre cette décision. La société intéressée a contesté ce prononcé le 16 décembre 2022 devant la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration du canton de Berne (DSSI; procédure 2022.GSI.3423), demandant notamment la restitution de l'effet suspensif à titre de mesure superprovisionnelle.

Par une décision d'exécution du 13 décembre 2022, l'ODS a ordonné à la société intéressée de cesser immédiatement l'exploitation de sa pharmacie et d'apposer un avis correspondant à l'extérieur des locaux de celle-ci. Il a en outre retiré l'effet suspensif à cette décision d'exécution. La société intéressée a également contesté cette seconde décision auprès de la DSSI le 16 décembre 2022 (procédure 2022.GSI.3424), demandant entre autre la restitution de l'effet suspensif à titre de mesure superprovisionnelle.

Dans les deux causes, par des décisions du 20 décembre 2022, la DSSI a refusé d'entrer en matière sur les demandes de restitution de l'effet suspensif à titre de mesures superprovisionnelles et, dans la procédure 2022.GSI.3423, a donné à l'ODS un délai au 30 décembre 2022 pour se déterminer sur la restitution de l'effet suspensif.

C.

Par un recours unique contre les deux décisions de la DSSI du 20 décembre 2022, la société intéressée demande au Tribunal administratif (TA), sous suite de frais et dépens, de restituer l'effet suspensif avec effet immédiat au recours déposé le 16 décembre 2022 contre la décision de l'ODS du 6 décembre 2022, afin de poursuivre l'exploitation de sa pharmacie. En lien avec la procédure 2022.GSI.3424, une autre procédure a été ouverte devant le TA (cause 100.2022.382).

En droit:

1.

1.1 Seul le chiffre 3 du dispositif de la décision incidente de la DSSI du 20 décembre 2022 (2022.GSI.3423), refusant d'entrer en matière sur la demande de restitution de l'effet suspensif au recours du 16 décembre 2022, à titre de mesure superprovisionnelle, fait l'objet de la présente procédure.

1.2 Rendue dans le cadre d'une procédure ordonnant le retrait d'une autorisation d'exploiter une pharmacie et, partant, fondée sur le droit public, la décision de refus de restitution à titre de mesure superprovisionnelle de l'effet suspensif peut, conformément à l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21) et en l'absence d'une exception prévue aux art. 75 ss LPJA (en particulier art. 75 let. a LPJA), faire l'objet d'un recours auprès du TA. Le TA est dès lors compétent pour connaître du présent litige.

1.3 Une décision qui, telle que celle ici contestée, statue sur l'effet suspensif (que ce soit à titre de mesure provisionnelle [art. 27 LPJA] ou, sans préalablement entendre les autres participants à la procédure [art. 21 al. 2 let. b LPJA], en tant que mesure superprovisionnelle) constitue une décision incidente (art. 61 al. 1 let. g LPJA). Or, aux termes de l'art. 61 al. 3

let. a LPJA, applicable en vertu de l'art. 74 al. 3 LPJA, une décision incidente n'est susceptible de recours que si elle peut causer un préjudice irréparable. Selon la jurisprudence du TA, un préjudice irréparable de pur fait (et non juridique) peut suffire (voir MICHEL DAUM, in Herzog/Daum [éd.], *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 2^e éd. 2020, ad art. 61 n. 39; JAB 2016 p. 237 c. 5.1). En l'occurrence, en en l'absence de restitution immédiate de l'effet suspensif, la pharmacie exploitée par la recourante est maintenue fermée, si bien que celle-ci ne saurait percevoir de revenus provenant de la vente de produits pharmaceutiques. Dans ces circonstances, il existe un risque de préjudice irréparable pour la recourante, à tout le moins de fait (voir à ce propos VGE 2010/319 du 2 septembre 2010 c. 1.2.2). Partant, la décision incidente rendue par la DSSI peut faire l'objet d'un recours.

1.4 Au surplus, la recourante a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est particulièrement atteinte par la décision attaquée et, comme on vient de le voir, a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Elle a par conséquent qualité pour recourir (art. 79 al. 1 LPJA). Le recours a en outre été interjeté en temps utile et dans les formes minimales prescrites (art. 32 et 81 LPJA).

1.5 La décision incidente entreprise a été rendue en langue allemande. L'autorité précédente, se référant à l'art. 34 al. 2 LPJA, a considéré que la recourante avait son siège dans un arrondissement administratif germanophone, raison pour laquelle c'était cette langue qui devait constituer la langue de l'instruction. Si la recourante a effectivement son siège dans un arrondissement germanophone, qui est d'ailleurs le même que celui où se trouve la pharmacie exploitée par la recourante, il faut relever que, dans la mesure où aucune autorité communale ou préfectorale n'est concernée par la procédure de recours devant l'autorité précédente, c'est la langue de l'acte de recours qui doit constituer la langue de l'instruction (MICHEL DAUM, *op. cit.*, ad art. 34 n. 8 et les références). Pour cette raison, le présent jugement est rédigé en français.

1.6 Le pouvoir d'examen du TA est limité au contrôle du droit (y compris la constatation des faits), à l'exclusion des questions d'opportunité (art. 80 LPJA).

1.7 Le jugement de la cause incombe à un juge unique de la Cour des affaires de langue française du TA (art. 54 al. 1 let. c et 57 al. 2 let. b de la loi cantonale du 11 juin 2009 sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public [LOJM, RSB 161.1]).

2.

2.1 L'octroi de l'autorisation d'exploiter une pharmacie, respectivement le retrait de cette autorisation est réglé par la loi cantonale du 2 décembre 1984 sur la santé publique (LSP, RSB 811.01), ainsi que l'ordonnance du 24 octobre 2001 sur les activités professionnelles dans le secteur sanitaire (OSP, RSB 811.111). L'art. 46 LSP renvoie à la LPJA s'agissant des voies de droit (voir également art. 87 OSP). A teneur de l'art. 68 al. 1 LPJA, le recours a effet suspensif à moins que la législation n'en dispose autrement. Ni la LSP, ni l'OSP ne prévoient l'absence d'effet suspensif à un éventuel recours. Toutefois, conformément à l'art. 68 al. 2 LPJA, l'autorité qui rend la décision peut, pour de justes motifs, ordonner qu'un recours éventuel n'ait pas d'effet suspensif.

2.2 L'art. 21 al. 1 LPJA prévoit que l'autorité entend les parties avant de rendre une décision, une décision sur recours ou un jugement. Elle peut notamment renoncer à cette mesure lorsqu'il y a péril en la demeure (art. 21 al. 2 let. b LPJA). Dans ce dernier cas de figure, l'intérêt d'une consultation préalable des parties doit céder le pas à des intérêts plus importants. Un danger qui impose une action immédiate ne doit toutefois pas être admis à la légère. Il faut que des intérêts importants soient menacés. Cela est notamment le cas lorsqu'il s'agit de prévenir un danger immédiat pour la sécurité et l'ordre publics (p. ex. pour prévenir la violence lors de manifestations sportives; voir Tribunal fédéral [TF] 1C_437/2016 du 12 mai 2017 c. 2.3) ou pour la protection des animaux (p. ex. soins aux animaux négligés). Il est également possible de renoncer provisoirement à l'audition lorsque des mesures superprovisionnelles sont indiquées pour sauvegarder l'objet du litige, pour protéger ou éliminer des troubles ou pour protéger des droits juridiques; le droit d'être entendu doit toutefois être

accordé ultérieurement (MICHEL DAUM, *op. cit.*, ad art. 21 n. 35 et les références).

2.3 Lorsqu'une décision incidente concernant l'octroi ou le refus d'effet suspensif est contestée devant le TA, celui-ci est limité au contrôle du droit (voir c. 1.6 ci-dessus) et n'intervient donc pas dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité précédente, se limitant à sanctionner les violations du droit, y compris dans l'exercice du pouvoir d'appréciation (VGE 2010/319 du 2 septembre 2010 c. 2.3 et la référence). Le Tribunal fédéral a également jugé que lorsqu'une autorité judiciaire se prononce sur l'effet suspensif ou d'autres mesures provisoires, elle peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (*examen prima facie*), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 c. 4.2 et les références; TF 2D_1/2021 du 8 mars 2021 c. 3). A fortiori en va-t-il ainsi lorsqu'il s'agit de statuer sur une mesure superprovisionnelle.

3.

3.1 En l'occurrence, l'autorité précédente a refusé de statuer sur la restitution de l'effet suspensif sans préalablement entendre l'ODS. Elle a rappelé que cet office avait retiré l'autorisation d'exploitation de la pharmacie exploitée par la recourante par décision du 6 décembre 2022 et que cette décision avait été notifiée le 7 décembre 2022. Elle a ensuite mentionné que le recours contre cette décision, contenant la requête de restitution de l'effet suspensif, était daté du 16 décembre 2022, c'est-à-dire environ dix jours plus tard. Elle en a déduit que ces dix jours d'attente étaient excessifs pour qu'il soit possible de considérer la situation comme un cas d'urgence et a ainsi considéré que la recourant n'avait pas d'intérêt à ce que l'effet suspensif soit restitué à titre de mesure superprovisionnelle. La DSSI a par conséquent refusé d'entrer en matière sur la requête et a donné à l'ODS la possibilité de se déterminer (jusqu'au 30 décembre 2022) avant qu'il ne soit statué.

3.2 Pour sa part, la recourante, après avoir rappelé les faits de la cause et essentiellement présenté une motivation relative au fond, estime que l'autorité précédente méconnaît le fait qu'elle a déposé un recours motivé en quelques jours seulement, afin de lui donner tous les éléments à discuter. Elle ajoute à ce propos que la motivation de la DSSI, qui considère que vouloir argumenter et motiver sa requête constitue un motif de rejet, est plutôt singulière. La recourante rappelle que la violence de la décision prise nécessitait un court temps d'adaptation et, citant un ouvrage de doctrine (DAUM/RECHSTEINER, in Herzog/Daum [éd.], *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 2^e éd. 2020, ad art. 68 n. 49), qu'interdire l'exploitation de sa pharmacie constitue une restriction massive de son activité lucrative. Il en va du maintien de son existence économique, ce qui justifie l'extrême urgence. Elle conclut en relevant que le retrait de l'effet suspensif aura pour conséquence que le dommage immédiat, certes financier, deviendra très rapidement un dommage juridiquement irréparable, dès lors qu'elle va se trouver dans l'impossibilité de payer ses charges et dans une situation d'insolvabilité, entraînant sa disparition.

4.

4.1 En premier lieu, il convient de relever que, dans la mesure où les conditions de recevabilité, respectivement les conditions formelles pour requérir la restitution de l'effet suspensif à titre de mesure superprovisionnelle étaient réunies, ce n'est pas un refus d'entrer en matière que l'autorité précédente aurait dû prononcer. Sa motivation aurait bien plutôt dû la conduire à rejeter cette requête. Cette erreur ne saurait toutefois porter à conséquence, dans la mesure où, avec l'une ou l'autre issue de la procédure, l'effet suspensif ne saurait être restitué à ce stade.

4.2 Pour le surplus, la DSSI a donc rejeté la requête fondée sur l'art. 21 al. 2 let. b LPJA en considérant qu'en attendant environ dix jours pour déposer son recours, la recourante avait démontré par ses actes qu'il n'était pas question d'urgence. Certes, la recourante aurait éventuellement pu déposer plus rapidement une requête de restitution de l'effet suspensif

avec un recours brièvement motivé sur le fond, puis compléter celui-ci dans le délai ordinaire de recours. Toutefois, ce qui ne saurait justifier une telle urgence en l'espèce est bien plus l'examen *prima facie* des intérêts en présence et les conséquences de la décision contestée. Il convient tout d'abord de mentionner l'intérêt public prépondérant en cause, c'est-à-dire la santé publique, et plus particulièrement le fait que la population doit être protégée contre de potentiels risques sanitaires. Les conditions strictes posées par la LSP et l'OSP pour l'octroi d'une autorisation d'exploiter une pharmacie sont d'ailleurs là pour en témoigner (voir art. 14 ss LSP et art. 6 OSP). A cet intérêt public, il faut y opposer l'intérêt privé, purement financier, de la recourante. Certes, cet intérêt n'est pas à minimiser et l'impossibilité d'exploiter sa pharmacie va inévitablement conduire la recourante à subir une perte financière, qui pourrait au demeurant s'avérer importante en cette période de l'année. Il n'en demeure pas moins que dans le cadre d'un examen *prima facie*, l'intérêt public de sécurité sanitaire s'impose sur l'intérêt privé de la recourante. Il s'impose d'autant plus qu'il est ici uniquement question de déterminer s'il s'agit d'un cas de péril en la demeure au sens de l'art. 21 al. 2 let. b LPJA, c'est-à-dire s'il est justifié de renoncer à entendre l'ODS avant de statuer sur la requête de restitution de l'effet suspensif. Certes, la recourante ne va pas pouvoir percevoir de revenu de sa pharmacie durant quelques jours. Toutefois, rien n'indique, de prime abord, que cette courte période, qui va se terminer d'ici le début du mois de janvier 2023 suite à la détermination de l'ODS que celui-ci doit remettre jusqu'au 30 décembre 2022, aura des conséquences irréversibles. Si la recourante l'affirme, elle ne fournit toutefois aucun élément pertinent permettant d'aller dans ce sens. Les arguments qu'elle avance en citant un ouvrage de doctrine ne lui sont d'ailleurs d'aucun secours. Outre que cette référence se rapporte à l'art. 68 LPJA (relatif à l'effet suspensif) et pas à l'art. 21 LPJA (droit d'être entendu) pertinent dans le cas d'espèce, les exemples qui y sont donnés sont différents de la situation en cause. Il y est bien plus mentionné qu'en principe les purs intérêts économiques ne suffisent pas à l'emporter sur l'intérêt public. En définitive, la décision contestée est justifiée, dans la mesure où elle refuse de restituer l'effet suspensif avant d'avoir entendu à brève échéance l'autorité administrative qui l'a retiré et que l'intérêt privé en cause doit céder le pas, pour cette courte période, sur l'intérêt public. On relèvera finalement qu'en refusant

l'effet suspensif à titre de mesure superprovisionnelle à une décision de retrait d'une autorisation d'exploiter une pharmacie, la décision sur la restitution de l'effet suspensif, puis, en cas de rejet, la décision sur le fond, devront être rendues rapidement. Par conséquent la situation actuelle n'affectera pas durant une trop longue période l'intérêt privé de la recourante et ne saurait ainsi, selon toute vraisemblance, mettre son existence en péril.

5.

Sur le vu de l'issue de la présente procédure, les frais de procédure, fixés forfaitairement à Fr. 1'000.-, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 108 al. 1 LPJA). Il n'est pas alloué de dépens (art. 108 al. 3 en lien avec l'art. 104 al. 3 LPJA).

Par ces motifs:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais de procédure, arrêtés à Fr. 1'000.-, sont mis à la charge de la recourante.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent jugement est notifié (R):
 - à la recourante, par son mandataire,
 - à la DSSI, avec le recours du 22 décembre 2022, accompagné de la décision du 20 décembre 2022 et d'un bordereau de cinq pièces justificatives.et communiqué (A):
 - à la recourante, selon la demande de son mandataire du 22 décembre 2022.

Le juge:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).