RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1728/2007-DES **ATA/527/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 octobre 2007

dans la cause

Madame H_____
représentée par Me Jean-Bernard Waeber, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SANTÉ ET DE L'ÉCONOMIE

EN FAIT

1. En 1994, Madame H_____ (ci-après aussi: la requérante) a obtenu le diplôme de Bachelor en psychologie aux Etats-Unis puis, en 1996, un « Master of arts psychoanalitic studies ».

2. En 2001, elle a obtenu un diplôme en psychologie analytique et psychothérapie de l'institut CG Jung Zurich. Il y était précisé que la formation achevée était conforme aux exigences de la Charte Suisse pour la Psychothérapie.

3. Le 1er septembre 2001, la loi genevoise sur les professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (K 3 05 ; ci-après: la LPS) est entrée en vigueur.

4. Mme H_____ a reçu, en février 2002, une attestation du titre de psychothérapeute délivrée par l'Association Suisse des Psychothérapeutes (ci-après: ASP).

5. Le 29 mai 2002, une commission consultative a été chargée d'élaborer des projets de directives portant sur l'exercice de la profession de psychologue, en particulier en vue de définir les titres et formations jugés équivalents conformément à l'article 73 alinéa 2 de la loi sur la LPS.

6. Le 27 novembre 2003, le règlement modifiant le règlement d'exécution de la loi sur les professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical (K 3 05.01) ainsi que les directives pour l'octroi de droits de pratique élaborées par la commission consultative chargée d'évaluer les formations des psychologues (ci-après: les directives 2003) sont entrés en vigueur.

   D'après ces dernières, une attestation de titre de psychologue spécialiste ASP ou FSP - Fédération suisse des psychologues - permettait d'obtenir automatiquement un droit de pratique à titre indépendant, étant donné que les critères contenus dans les directives étaient identiques à ceux retenus par ces associations.

7. Le 27 janvier 2004, sur demande de la requérante, la direction générale de la santé (ci-après: la DGS) a fourni à celle-ci des informations quant à la procédure à suivre pour obtenir une autorisation de pratiquer l'une des professions de la santé réglementées par la LPS.

8. Le 16 mars 2004, la DGS a reçu la requête d'autorisation de pratiquer en qualité de psychologue présentée par la requérante.

9. Le 24 mars 2004, le Conseil d'Etat a autorisé Monsieur B_____, titulaire d'une attestation du titre de psychothérapeute délivrée par l'ASP en 2002, à exercer la profession de psychologue à titre indépendant dans le canton de Genève. Sa requête datait du 14 février 2004.

10. Le 8 décembre 2004, la DGS a émis des directives pour les titres jugés équivalents à une licence en psychologie d'une université suisse élaborées par la commission consultative chargée d'évaluer les formations des psychologues.

Ces directives comprenaient une liste non-exhaustive de titres délivrés par des universités suisses et étrangères jugés équivalents à une licence en psychologie.

11. Le 1er mars 2005, la requérante a interpellé la DGS concernant sa demande d'autorisation de pratiquer. Elle estimait être victime de déni de justice ainsi que de traitement inégal étant donné que ses collègues, n'ayant pas de formation universitaire en psychologie, avaient obtenu leur droit de pratique depuis plusieurs mois.

12. Par pli du 24 mars 2005, la DGS a répondu à la requérante que son dossier serait soumis à la commission consultative chargée d'évaluer les formations des psychologues dans le courant de l'année 2005.

13. Le 1er janvier 2006, sont entrées en vigueur de nouvelles directives pour l'octroi de droits de pratique élaborée par la commission consultative chargée d'évaluer les formations des psychologues (ci-après: les directives 2006). Elles ont remplacé les directives 2003.

D'après celles-ci, les membres de l'ASP ayant une licence en psychologie d'une université suisse ou un titre jugé équivalent recevaient automatiquement un droit de pratique.

14. Le 13 avril 2006, la commission consultative a communiqué à la DGS un préavis défavorable quant à la délivrance à Mme H_____ d'un droit de pratiquer la profession de psychologue. Elle estimait que celle-ci n'était pas titulaire d'un titre jugé équivalent à une licence en psychologie.

15. Le 1er septembre 2006, sont entrés en vigueur la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LSanté - K 1 03) ainsi que le règlement sur les professions de la santé du 22 août 2006 (RSanté - K 3 02.01). Ils ont abrogé la LPS et son règlement.

D'après l'article 138 alinéa 1er de LSanté, les personnes souhaitant exercer une profession de la santé ou une pratique complémentaire étaient assujetties aux dispositions relatives à celles-ci dès l'entrée en vigueur de la loi.

16. Le 5 décembre 2006, Mme H_____, représentée par son conseil, a une nouvelle fois interpellé la DGS en la priant de lui accorder son droit de pratique, faute de quoi une action en déni de justice et violation de l'égalité de traitement serait intentée.

Les directives 2003, en vigueur lors du dépôt de sa requête en 2004, prévoyaient qu'une attestation du titre de psychologue spécialiste ASP donnait droit à l'obtention automatique de l'autorisation de pratiquer. Disposant également d'un titre étranger équivalent à une licence en psychologie, elle aurait dû recevoir son autorisation de pratiquer depuis longtemps.

Même si une nouvelle réglementation était entrée en vigueur depuis le 1er septembre 2006, sa requête restait soumise à l'ancien droit dès lors qu'elle avait été déposée en 2004. Elle n'avait donc pas à faire une nouvelle demande, comme cela était prévu par les dispositions transitoires du RSanté. Subsidiairement et en tant que besoin, son courrier devait valoir demande d'octroi d'un droit de pratique au sens de la LSanté.

17 Le 21 février 2007, la requérante a obtenu un droit de pratique en qualité de psychologue-psychothérapeute dans le canton de Neuchâtel.

18. Le 30 avril 2007, toujours sans nouvelles de la DGS, Mme H_____ a interjeté un recours en déni de justice auprès du tribunal de céans. Elle conclut à ce qu'il soit constaté que le département de la santé et de l'économie (ci-après: le département) tarde illégalement à statuer et à ce que ce dernier soit invité à lui octroyer sans délai une autorisation de pratiquer.

Près de trois ans s'étaient écoulés sans qu'elle n'ait reçu une quelconque réponse de la part de la DGS. Or, étant membre de l'ASP, titulaire de deux diplômes universitaires étrangers ainsi que d'un diplôme en psychologie analytique du CG Jung Institut Zurich, elle aurait dû obtenir automatiquement un droit de pratique. Il n'y avait donc aucune raison objective pour que la cause n'ait pas été immédiatement tranchée. Partant, la DGS, en tardant à statuer, lésait le droit des parties à obtenir une décision dans un délai raisonnable et violait dès lors les articles 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 6 § 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH - RS 0.101).

De plus, ayant octroyé très rapidement leur droit de pratique à des personnes étant uniquement titulaires d'une attestation du titre de psychologue délivrée par l'ASP, notamment à M. B_____ et à Madame P_____, la DGS avait, par là, violé le principe de l'égalité de traitement.

19. Par acte du 8 juin 2007, la DGS a fait part au Tribunal administratif de ses observations. Elle conclut au rejet du recours de Mme H_____.

S'il était vrai qu'elle n'avait pas rendu de décision écrite suite à la demande d'autorisation, elle n'avait pas commis de déni de justice car les membres des différentes associations de psychologues avaient régulièrement été informés, par l'intermédiaire de leurs représentants présents au sein de la commission consultative, de l'état d'avancement des travaux relatifs à l'octroi et au refus d'autorisations de pratiquer. Ainsi, le refus du département de délivrer des autorisations de pratiquer la profession de psychologue aux personnes n'étant pas titulaires d'une licence en psychologie d'une université suisse ou d'un titre jugé équivalent avait été largement diffusé auprès des psychologues et était connu de la recourante.

Quant à la prétendue violation de l'égalité de traitement, la DGS reconnaissait que sur la base des directives 2003, Mme H_____ aurait dû obtenir une autorisation de pratiquer parce qu'elle était au bénéfice d'un titre de psychologue spécialiste ASP. Cependant, la commission consultative, ayant réalisé que les directives n'étaient pas valables car l'ASP avait enregistré en qualité de membre des personnes qui n'étaient pas au bénéfice d'un titre universitaire de psychologue, avait émis de nouvelles directives. Aujourd'hui, la délivrance d'un droit de pratiquer dans un cas identique à celui de la recourante ne pourrait plus se reproduire.

20. Dans sa réplique du 3 août 2007, Mme H_____, ayant pris note des observations de la DGS, persiste dans ses précédentes conclusions et conclut subsidiairement à l'annulation de la décision du refus du droit de pratiquer contenue dans la réponse de la DGS du 8 juin 2007.

C'était bien les directives 2003 qui étaient en vigueur lors du dépôt de sa demande d'autorisation de pratiquer. Celles-ci devaient donc lui être appliquées sous peine de violation du principe de la non-rétroactivité et de l'égalité de traitement. Dès lors que ces directives prévoyaient qu'une attestation de psychothérapeute spécialiste ASP permettait d'obtenir automatiquement un droit de pratique, ce dernier devait lui être accordé.

Subsidiairement et si le Tribunal administratif devait appliquer les directives 2006, qui exigeaient une licence en psychologie d'une université suisse ou un titre jugé équivalent, elle en remplissait tout de même les exigences. En effet, les diplômes universitaires qu'elle avait obtenus à l'étranger devaient être qualifiés de titres équivalents à une licence d'une université suisse. En outre, le cursus qu'elle avait suivi à l'Institut CG Jung de Zurich n'avait, certes, pas abouti à une licence universitaire, mais était en tout point aussi exigeant, si ce n'était plus, que celui menant à l'obtention d'un titre universitaire en psychologie et était supérieur aux exigences des directives 2006.

De surcroît, elle disposait d'un droit de pratiquer dans le canton de Neuchâtel, dont les exigences pour l'obtention de l'autorisation ne différaient pas de celles du canton de Genève. A Neuchâtel, on avait considéré que son diplôme était équivalent à une licence en psychologie d'une université suisse.

Enfin, elle contestait les allégués de la DGS, selon lesquels elle aurait été implicitement informée, via les différentes associations de psychologues, du refus de l'autorité de délivrer des autorisations de pratiquer aux personnes n'étant pas titulaires d'une licence en psychologie d'une université suisse ou d'un titre jugé équivalent.

21. Par acte du 29 août 2007, la DGS a dupliqué en reprenant les conclusions de sa réponse du 8 juin 2007.

Les deux personnes mentionnées par Mme H_____ dans son recours n'auraient pas dû être mises au bénéfice d'une autorisation de pratiquer. Cependant, la recourante ne pouvait invoquer "l'égalité dans l'illégalité" car les conditions n'en étaient pas réunies.

Quant à la différence de traitement, la DGS constatait une diversité d'appréciation entre les commissions de deux cantons et proposait au Tribunal administratif de contacter la présidente de la commission consultative genevoise afin qu'elle se détermine sur cette problématique.

22. Le 31 août 2007, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision. La voie du recours au Tribunal administratif est dès lors ouverte en tout temps (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 4 al. 4 et 63 al. 6 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Partant, le recours est recevable.

2. Selon l'article 29 alinéa 1er Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Ainsi, toute personne qui sollicite une décision a le droit, sinon d'obtenir que sa demande soit effectivement satisfaite, à tout le moins qu'elle soit honorée d'une réponse par laquelle l'autorité explique et justifie sa position (A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Berne 2000, p. 573). La décision doit, de plus, intervenir dans un délai raisonnable. Celui-ci s'apprécie dans chaque cas suivant les circonstances de

la cause (ATA/42/2007 du 30 janvier 2007 ; A. AUER/G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, op. cit., p. 573 ; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 370), en particulier en fonction de la complexité de la procédure, du temps qu'exige son instruction, du comportement de l'intéressé et des autorités, ainsi que de l'urgence de l'affaire (J.-F. AUBERT/P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich-Bâle-Genève 2003, p. 265 s).

En l'occurrence, la requête en autorisation de pratiquer de la recourante a été reçue par l'autorité intimée le 16 mars 2004. Cette dernière n'a, à ce jour, toujours pas communiqué de décision écrite malgré deux courriers de mise en demeure des 1er mars 2005 et 5 décembre 2006. Elle a tout au plus annoncé dans sa réponse du 8 juin 2007 au tribunal de céans, qu'en tout état de cause, elle ne délivrerait pas l'autorisation requise. L'argument de la DGS selon lequel la recourante aurait été implicitement informée du refus d'autorisation à travers les informations transmises aux différentes associations de psychologues doit en l'espèce être écarté. En effet, la recourante était en droit d'attendre une décision formelle de la part de l'autorité, peu importe à cet égard qu'elle ait été positive ou négative. En ne rendant pas de décision sur une requête déposée il y a plus de trois ans, la DGS s'est rendue coupable de déni de justice formel. Le recours doit donc être admis sur ce point.

3. Lorsqu'une juridiction administrative admet un recours pour déni de justice ou retard injustifié, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure en lui donnant des instructions impératives (art. 69 al. 4 LPA). Cependant, le principe de l'économie de procédure impose aux autorités de mener la procédure de la manière la plus raisonnable possible, en évitant des pertes de temps inutiles, des actes sans portée réelle, ou en facilitant le cheminement ordonné des opérations (P. MOOR, Droit administratif, Lausanne 2002, vol. II, p. 233).

En l'espèce, renvoyer l'affaire à la DGS pour que celle-ci statue sur l'octroi de l'autorisation serait contraire au principe de l'économie de procédure si, comme c'est le cas ici, la juridiction saisie possède toutes les informations lui permettant de trancher directement la question litigieuse. Ainsi, le tribunal de céans, disposant de tous les éléments nécessaires pour l'examen des conditions de l'autorisation de pratiquer la profession de psychologue, rendra directement une décision quant à l'octroi de celle-ci.

4. Afin de connaître les conditions d'octroi de l'autorisation de pratiquer, il y a lieu de déterminer le droit applicable au cas d'espèce étant donné les différentes modifications législatives qui sont intervenues depuis la demande de la recourante. En effet, lors du dépôt de sa requête, soit en mars 2004, étaient en vigueur les directives 2003 élaborées par la commission consultative chargée d'évaluer les formations des psychologues. Ces directives ont ensuite été

remplacées le 1er janvier 2006 par de nouvelles directives pour l'octroi de droits de pratique.

En vertu du principe de la non-rétroactivité, le nouveau droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur (P. MOOR, Droit administratif, vol. I, 2ème édition, Berne 1994, p. 178; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, Bâle et Francfort sur le Main, 1991, p. 116). Le droit nouveau ne peut avoir un effet rétroactif que si la rétroactivité est prévue par la loi, est limitée dans le temps, ne conduit pas à des inégalités choquantes, est motivée par des intérêts publics pertinents et ne porte pas atteinte à des droits acquis (ATA/416/2007 du 28 août 2007 et les références citées ; P. MOOR, op. cit., p. 179-180; B. KNAPP, op. cit., p. 118).

En l'espèce, la LSanté, entrée en vigueur le 1er septembre 2006, prévoit à son article 138 alinéa 1er, que les personnes souhaitant exercer une profession de la santé ou une pratique complémentaire sont assujetties aux dispositions relatives à celles-ci dès l'entrée en vigueur de la loi. Cela peut donc mener, comme c'est le cas ici, à l'application de la nouvelle loi à des faits qui se sont produits antérieurement à son entrée en vigueur. Pour que cette rétroactivité puisse être appliquée, il faut dès lors qu'elle en respecte toutes les conditions et, notamment, celle prohibant des inégalités choquantes. Or, la demande de la recourante a été adressée à la DGS en mars 2004, soit durant la même période que celles de M. B_____ et d'autres praticiens. Contrairement à la recourante, ceux-ci ont reçu une décision positive peu de temps après. Partant, aucun motif ne peut justifier l'application, pour la demande de la recourante, d'une directive entrée en vigueur plus d'un an et demi plus tard. Il convient donc d'appliquer à la requête de la recourante le droit en vigueur au moment où celle-ci a été déposée, à savoir les directives 2003, sous peine d'aboutir à des inégalités choquantes et de violer ainsi le principe de la non-rétroactivité.

5. D'après les directives 2003, qui ne sont plus en vigueur, une attestation de psychologue spécialiste ASP ou FSP permettait d'obtenir automatiquement un droit de pratique à titre indépendant.

Or, la recourante avait, lors de sa requête en 2004, joint à sa demande une attestation de membre ASP. Celle-ci aurait donc dû suffire pour fonder, de la part de la DGS, une autorisation automatique de pratiquer la profession de psychologue.

6. Enfin, la recourante se plaint également de la violation du principe de l'égalité de traitement garanti par l'article 8 Cst. A cet égard, la DGS a reconnu avoir délivré quelque 270 autorisations de pratiquer la profession de psychologue sur la base des directives 2003. Figure au nombre de celles-ci notamment celle accordée le 24 mars 2004 à M. B_____, sur l'unique base d'une attestation du titre de psychothérapeute délivrée par l'ASP. La DGS soutient cependant que ces

autorisations ont été délivrées "à tort", car la directive sur laquelle elles s'appuyaient "comportait une erreur". La recourante ne saurait dès lors invoquer une "égalité dans l'illégalité".

Pour qu'une décision viole le droit à l'égalité, il faut qu'elle soit en contradiction avec une autre et que toutes deux émanent de la même autorité. Deux décisions sont contradictoires soit lorsqu'elles règlent de façon différente des situations dont la ressemblance exige un même traitement, soit lorsqu'elles règlent de façon semblable des situations dont la différence requiert un traitement distinct (A. GRISEL, op. cit., p. 361 s). Toutefois, lorsque la première décision est contraire à la loi et que la seconde, adoptée dans des circonstances identiques, y est conforme, le destinataire de celle-ci ne peut pas se plaindre avec succès d'une inégalité de traitement sauf exception prévue par la jurisprudence (ATF 103 Ia 242 consid. 3a p. 244 s et les références citées ; B. KNAPP, op. cit., p. 42)

En l'espèce, la DGS, lorsqu'elle a octroyé des autorisations de pratiquer en 2004, a agi sur la base d'une directive dont elle ne saurait remettre en cause la validité *a posteriori*. M. B_____ a valablement reçu son autorisation de pratiquer car il remplissait les conditions fixées dans la directive. Dès lors que la recourante réunissait ces mêmes conditions, elle aurait également dû obtenir une décision positive de la part de la DGS. Il y donc eu inégalité de traitement et celle-ci doit être réparée par l'octroi d'une autorisation de pratiquer délivrée sur la base de son attestation de psychothérapeute de l'ASP.

7. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis. L'autorisation de pratiquer la profession de psychologue sera accordée à la recourante. Le département, qui succombe, sera condamné au paiement d'un émolument de CHF 2'000.-. En outre, une indemnité de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours en déni de justice interjeté le 30 avril 2007 par Madame H_____ contre le département de la santé et de l'économie ;

au fond :

l'admet ;

renvoie le dossier à la direction générale de la santé en vue de l'octroi de l'autorisation de pratiquer ;

met à la charge du département de la santé et de l'économie un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue à la recourante une indemnité de CHF 2'000.- à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Jean-Bernard Waeber, avocat de la recourante ainsi qu'au département de la santé et de l'économie.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, M. Thélin, Mme Junod, juges,
M. Grodecki, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :	la vice-présidente :
E. Boillat	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :