

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1878/2009-PROF

ATA/60/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 février 2010

dans la cause

Monsieur X_____

représenté par Me Michel Halpérin, avocat

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ

et

PHARMACIEN CANTONAL

EN FAIT

1. Monsieur X_____, né le _____ 1928, est domicilié à Genève.
2. Le 27 octobre 1967, il a été autorisé par arrêté du Conseil d'Etat à exercer la profession d'assistant en pharmacie dans le canton de Genève.
3. Le 21 juillet 1971, il a été autorisé, par arrêté du Conseil d'Etat à exploiter la pharmacie V_____, 32 rue Y_____ à Genève, sous la responsabilité d'un pharmacien inscrit dans le registre de sa profession.
4. Le 29 juillet 2002, par arrêté du Conseil d'Etat, il a été autorisé à exercer dans le canton de Genève la profession de pharmacien et a été inscrit dans le registre de sa profession.
5. A la requête de l'intéressé, le 14 juin 2007, la direction générale de la santé (ci-après : DGS) rattachée au département de l'économie et de la santé devenu depuis lors le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : DARES) a prolongé le droit de pratiquer de M. X_____ jusqu'au 2 juin 2008.
6. Le 6 mai 2008, la DGS a prolongé le droit de pratiquer de M. X_____ jusqu'au 2 juin 2009.

Dans cette décision comme dans la précédente, référence était faite à l'art. 78 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1.03) dans sa teneur de l'époque qui prévoyait que le droit de pratique s'éteignait à l'âge de 70 ans, mais qu'il pouvait être prolongé pour une première période de trois ans, puis par la suite d'année en année.
7. Cette décision était annexée à un courrier du 9 mai 2008 adressé à l'intéressé par le pharmacien cantonal dont le service fait également partie du DARES. Vu le projet de modification de la loi sur la santé, une nouvelle prolongation de l'autorisation ne pourrait vraisemblablement pas être octroyée, le projet de modification de la LS envisageant de fixer à 80 ans la limite d'âge d'exercice de la profession. M. X_____ était invité à prendre les mesures nécessaires concernant la responsabilité de sa pharmacie
8. Le 6 février 2009, le pharmacien cantonal a écrit à M. X_____. Après l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales et universitaires (LPMed - RS) et selon la LS, la limite d'âge d'exercice de toute profession de la santé était fixée à 80 ans. Son droit de pratique avait été prolongé jusqu'au 2 juin 2009 et ne pourrait plus être prolongé à nouveau. Dès cette date, il

ne pourrait plus exercer en qualité de pharmacien. Il devait prendre les mesures nécessaires concernant la responsabilité de sa pharmacie.

9. Le 27 avril 2009, M. X_____ a écrit au pharmacien cantonal. Une prolongation de son droit de pratique devait lui être accordée. Il était en parfaite santé et son âge ne l'empêchait d'aucune façon d'exercer sa profession. Son médecin traitant pouvait confirmer sa bonne condition physique que psychique, ainsi qu'en attestait le certificat médical qu'il produisait.
10. Le 12 mai 2009, le pharmacien cantonal a répondu à M. X_____. Il n'était pas possible d'accéder à sa requête. Le nouvel art. 78 LS, entré en vigueur en novembre 2008, fixait à 80 ans l'âge maximum après lequel aucune prolongation du droit de pratique ne pouvait être accordée. Cette modification légale était la conséquence de l'adaptation de la loi genevoise à la LPMed qui prévoyait que toute personne exerçant une profession médicale universitaire devait figurer dans un registre mais que toute donnée le concernant devait être éliminée dès que celui-ci atteignait l'âge de 80 ans. L'intéressé devait lui indiquer les dispositions qu'il allait prendre concernant son officine, pour nommer un nouveau pharmacien responsable, car si une telle nomination n'intervenait pas au 2 juin 2009, la pharmacie devrait être fermée.

Ce courrier ne faisait mention d'aucune voie de droit.

11. Par l'intermédiaire de son conseil, M. X_____ a écrit au pharmacien cantonal le 20 mai 2009. Le refus de prolonger son droit de pratique devait être reconsidéré. L'art. 78 LS dans sa nouvelle teneur constituait une restriction qui allait au-delà de ce qu'autorisait le droit fédéral. Les restrictions temporelles possibles en vertu de l'art. 37 LPMed consistaient à permettre de prévoir la possibilité de délivrer des autorisations à durée limitée, sans qu'il soit question de limite d'âge. L'art. 54 LPMed relatif à la radiation du registre fédéral des professions médicales ne se référait à l'âge de 80 ans qu'en rapport avec la tenue de celui-ci. Il ne constituait pas une base légale autorisant un canton à retenir cet âge comme âge limite pour la pratique de la profession de pharmacien. Les débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de l'art. 78 LS dans sa teneur actuelle, devaient permettre tout de même d'obtenir une dérogation.
12. Le 29 mai 2009, M. X_____ a interjeté un recours auprès du Tribunal administratif contre la décision du service du pharmacien cantonal du 12 mai 2009. Il conclut à l'octroi de l'effet suspensif au recours et au constat de la nullité de la décision du service de pharmacien cantonal du 12 mai 2009 ainsi qu'à l'octroi de l'autorisation de pratiquer en tant que pharmacien jusqu'au 2 juin 2010. Subsidiairement, il conclut à ce qu'il lui soit accordé un délai de six mois afin qu'il puisse prendre les dispositions nécessaires concernant la responsabilité de sa pharmacie.

Dans son acte de recours, il reprenait l'argumentation développée dans son courrier du 20 mai 2009. Ce recours a été inscrit sous le n° A/1878/2009.

13. Le 4 juin 2009, la directrice de la DGS a écrit à M. X_____. Son droit de pratique s'était éteint le 2 juin 2009 et il n'était pas possible de reconsidérer la requête en prolongation. Cette mesure était applicable nonobstant recours, mais afin de lui permettre d'engager un pharmacien responsable pour son officine, son droit de pratiquer était prolongé à titre exceptionnel jusqu'au 31 août 2009.

La limite de 80 ans résultait clairement de l'art. 78 LS. Il en avait été déjà averti par les courriers du pharmacien cantonal des 9 mai 2008, 6 février et 12 mai 2009. Dès le 2 juin 2009, il ne pouvait plus exercer en qualité de pharmacien. Il était connu que les capacités intellectuelles, entre autres, diminuaient avec l'âge. Il convenait de protéger l'intérêt public même au détriment de l'intérêt privé s'agissant d'une tâche comme celle de la remise de médicaments qui n'était pas un acte anodin.

L'intéressé pouvait recourir contre cette décision auprès du Tribunal administratif.

14. Par acte posté le 19 juin 2009, M. X_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision de la DGS du 4 juin 2009. Il conclut à la restitution de l'effet suspensif au recours, au constat de la nullité de la décision de la DGS du 4 juin 2009 et à ce que lui soit octroyé l'autorisation de pratiquer en tant que pharmacien jusqu'au 2 juin 2010 au minimum. En outre, il devait être constaté qu'il aura le droit de solliciter d'autres prolongations de pratiquer ultérieurement. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de la décision de la DGS du 4 juin 2009. Plus subsidiairement, M. X_____ conclut à ce qu'il lui soit accordé un délai d'une année à partir du moment où le jugement du tribunal de céans deviendrait définitif afin qu'il puisse prendre les dispositions nécessaires concernant la responsabilité de sa pharmacie. Ce recours a été inscrit sous le n° A/2147/2009.

15. Par décision du juge délégué du 30 juin 2009, les deux recours ont été joints sous le n° A/1878/2009.

16. Le 16 juillet 2009, la DGS a formulé ses observations. Elle conclut au rejet du recours du 4 juin 2009 avec suite de dépens.

Le courrier du 12 mai 2009 ne constituait pas une décision formelle mais une information au recourant. Celui-ci, par ce courrier et les précédents, avait été averti suffisamment à l'avance de la fin de son droit de pratique. La DGS avait même accepté de prolonger l'autorisation jusqu'au 31 août 2009 afin qu'il puisse prendre les mesures nécessaires pour l'exploitation de son commerce. La DGS portait à la connaissance du Tribunal administratif que le DARES avait déjà

infligé deux blâmes à M. X_____, l'un en 2003 et l'autre en 2006, cette dernière sanction ayant été confirmée par le tribunal de céans le 12 octobre 2006 (ATA/546/2006). Le blâme de 2003 avait été infligé parce que la pharmacie V_____ avait dû être fermée sur décision de l'autorité car elle n'avait plus de pharmacien responsable. Celui de 2006 était lié au constat de nombreux manquements aux exigences légales relatives au stockage des médicaments ou à la tenue des dossiers.

La limite d'âge de 80 ans avait été introduite en novembre 2008 dans la LS lors de son adaptation consécutive à l'entrée en vigueur de la LPMed. Elle se déduisait de l'art. 54 LPMed relative à la tenue du registre des professions médicales universitaires. Celui-ci servait notamment à l'information de la protection des patients et à l'assurance de qualité. Or, toute inscription à ce registre était éliminée lorsque le professionnel concerné atteignait l'âge de 80 ans et qu'aucune autorité n'avait annoncé son décès. Cela impliquait bien que le législateur fédéral n'envisageait pas qu'un professionnel puisse exercer au-delà de 80 ans. Une telle limite d'âge se justifiait dans un souci de protection de santé publique car ce n'était un secret pour personne que les capacités physiques et intellectuelles déclinaient malheureusement avec l'âge. Si d'autres cantons suisses n'avaient pas adopté une limite d'âge absolue concernant l'extinction de droit de pratiquer c'est qu'ils n'avaient vraisemblablement pas encore adapté leur législation à la loi fédérale.

Il y avait un intérêt public prépondérant qui permettait de porter atteinte à la liberté économique garantie par l'art. 27 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). La question de la proportionnalité de la mesure ne se posait pas au vu du texte précis de l'art. 78 LS.

17. Le 4 août 2009, M. X_____ a répliqué, persistant dans ses conclusions. Les deux procédures disciplinaires ayant abouti aux prononcés des deux blâmes cités par le DARES, ne devaient pas être prises en compte dans le cas d'espèce, puisque celles-ci ne remettaient d'aucune façon en cause son aptitude à exercer sa profession de pharmacien. Si tel avait été le cas, le DARES aurait déjà pris la mesure querellée avant l'année 2009 et refusé de prolonger le droit de pratique dans les années antérieures.
18. Le 28 août 2009, la présidente du Tribunal administratif a restitué l'effet suspensif aux recours.
19. Le 5 octobre 2009, le juge délégué a écrit à l'office fédéral de la santé publique aux fins de connaître pour demander la raison d'être de la limite de 80 ans retenue à l'art. 54 al. 4 in fine LPMed. D'une part, les travaux préparatoires ne donnaient aucune indication sur ce point. D'autre part, l'ordonnance du 15 octobre 2008 concernant le registre des professions médicales universitaires (ordonnance concernant le registre LPMed - RS 811.117.3) ne reprenait pas a

priori cette donnée d'âge. Il y avait lieu de déterminer si cette disposition empêchait qu'un professionnel de la santé, soumis à enregistrement sur la base de l'art. 51 LPMed âgé de plus de 80 ans soit enregistré dans ce registre, et qu'elles seraient les données qui seraient supprimées ou anonymisées en fonction de l'art. 54 LPMed.

20. Le 30 octobre 2009, c'est la commission des professions rattachée au département fédéral de l'intérieur qui a répondu à ce courrier :

« La disposition de l'art. 54 al. 4 LPMed, qui prévoit que toutes les inscriptions relatives à une personne soient éliminées du registre dès que la personne en question a 80 ans, est une présomption légale. Il est ainsi présumé qu'une personne ayant atteint l'âge de 80 ans ne répond plus aux conditions l'art. 36 LPMed. Cette présomption peut être renversée si le contraire est prouvé.

Une radiation du registre ne signifie pas qu'une personne n'a plus le droit d'exercer à titre indépendant. Selon l'art. 36 LPMed, afin de pouvoir pratiquer à titre indépendant, la personne doit remplir certaines conditions, notamment présenter physiquement et psychiquement les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession. Il ressortait aux autorités sanitaires cantonales de vérifier si les conditions fixées par la LPMed pour l'exercice à titre indépendant sont remplies. Selon l'art. 37 LPMed, le canton peut prévoir que l'autorisation de pratiquer à titre indépendant soit soumise à des restrictions temporelles, si elles sont imposées par la Confédération ou nécessaires pour garantir des soins médicaux fiables et de qualité. L'introduction d'une limite d'âge pour l'exercice à titre indépendant correspond à ces restrictions temporelles prévues par la loi.

Malgré l'énoncé de l'art. 54 al. 4 LPMed, une personne âgée de plus de 80 ans peut néanmoins, en pratique, être encore inscrite dans le registre : il s'agit là d'une divergence entre la pratique et la loi et ce point sera revu lors de la prochaine révision de la LPMed. Actuellement, les données des personnes de plus de 80 ans qui n'ont plus d'autorisation de pratique sont anonymisées d'office. Pour celles étant encore au bénéfice d'une autorisation de pratique, les cantons sont consultés pour savoir s'ils ont encore besoins des données contenues dans le registre, auquel cas l'inscription est maintenue. Ces inscriptions maintenues ne sont accessibles qu'aux cantons, à l'OFSP, ainsi qu'aux organisations professionnelles et ne peuvent être consultées par le public ».

21. Le 20 novembre 2009, copie de ce courrier a été transmise aux parties qui ont été avisées que sauf requête supplémentaire de leur part, la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif est l'autorité de recours ordinaire contre les décisions des autorités administratives (art. 56A al.1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05), dont font partie tant le service du pharmacien cantonal que la DGS (art. 5 let. de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Au sens de l'art. 4 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).

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, ou plus exactement pour 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 (ATA/42/2007 du 30 janvier 2007 consid. 4 ; ATA/602/2006 du 14 novembre 2006 consid. 3 ; ATA/836/2005 du 6 décembre 2005 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 2, Berne 2002, p. 214, n. 2.2.3.3 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 334-344).

En l'espèce tant le courrier du pharmacien cantonal du 12 mai 2009, que celui de la DGS du 4 juin constituent une réponse de l'autorité administrative à la requête du recourant en prolongation de son droit de pratique le 27 avril 2009. La communication du 12 mai 2009 n'avait pas le caractère d'une lettre d'intention. Le pharmacien cantonal refusait d'accéder à la requête présentée, d'un ton aussi catégorique que celui employé par la DGS dans son courrier du 4 juin 2009. Le fait, comme le soutient l'intimée, que le pharmacien cantonal ne serait pas l'autorité administrative compétente ne change rien à cela : ce courrier constatait l'inexistence des droits du recourant à continuer sa pratique (art. 4 al. 1 let b LPA) et rejetait sa requête (art. 4 al. 1 let. c LPA) et il était dans l'ordre des choses qu'à sa réception, au vu de sa teneur, son destinataire l'ait considéré comme une décision et ait recouru, afin de ne pas prendre le risque de prêter ses droits.

Les courriers des 12 mai et 4 juin 2009 ayant tous deux le caractère de décisions au sens de l'art. 4 LPA, les deux recours formés contre celles-ci, qui respectent le délai légal de trente jours selon l'art. 63 al. 1 let. a LPA et remplissent les conditions de forme de l'art. 65 LPA, sont recevables.

recours contre la décision du 12 mai 2009

3. Selon l'art. 78 LS, la DGS est compétente pour prolonger le droit de pratique d'un professionnel de la santé au-delà de 70 ans.

Or, même s'il était rédigé sur papier à l'en-tête de la DGS, le courrier du 12 mai 2009 était signé du pharmacien cantonal. Le service de celui-ci n'étant que l'un des quatre services regroupés au sein de celle-ci (art. 9 al.1 let d du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 5 décembre 2005 - ROAC - B 4 05.10), se pose la question de la validité formelle de cette décision, s'il doit être constaté qu'elle émane d'une autorité incompétente, comme l'intimée semble elle-même l'admettre.

Cette question peut toutefois être laissée ouverte. Il s'avère que, par son courrier du 4 juin 2009, la DGS, sous la signature de sa directrice, a pris une nouvelle décision dont la motivation et la portée étaient similaires à celle du 12 mai 2009. Cette décision, rendue après le dépôt du premier recours sous la signature de l'autorité désignée par l'art. 78 LS, se substituait à la première. C'est ce fait que la directrice de la DGS, se fondant sur l'art. 67 al. 2 LPA, aurait dû exposer à l'intéressé, au lieu d'arguer que le courrier du pharmacien cantonal du 12 mai 2009 ne constituait qu'une déclaration d'intention, alors qu'il n'en avait manifestement pas le caractère.

En l'espèce, le Tribunal administratif constatera que la décision du 12 mai 2009 a été remplacée par celle du 4 juin 2009 si bien que le recours du 29 mai 2009 n'a plus d'objet.

recours contre la décision du 4 juin 2009

4. a. La profession de pharmacien appartient aux professions médicales universitaires dont l'exercice est soumis à la LPMed (art. 2 al. 1 let. d LPMed).
- b. La LPMed, entrée en vigueur le 1er septembre 2007, est fondée sur l'art. 95 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), qui autorise la Confédération à légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.
- c. Une telle législation, à moins d'une autorisation expresse de niveau constitutionnel, doit respecter la liberté économique garantie par l'art. 27 al. 1 Cst. (art. 94 al. 1 et 4 Cst.). Elle doit donc avoir pour objectif principal de protéger diverses valeurs policières (santé, sécurité, bonne foi dans les affaires) ou sociales, et ne pas chercher à influencer les rapports de concurrence entre privés (J.-F. AUBERT, P. MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Constitution suisse du 18 avril 1999, 2003, ad art. 95 Cst., no 5 p. 743). Ces limites ont d'ailleurs été rappelées par le Conseil fédéral dans son Message relatif à la LPMed [(Message concernant la loi fédérale sur les professions médicales

universitaires du 3 décembre 2004, FF 2005, p. 231) (ci-après : Message)], et la LPMed ne s'en écarte pas puisque son but est de promouvoir la santé publique en encourageant notamment la qualité de l'exercice des professions médicales universitaires (art. 1 al. 1 LPMed).

5. L'art. 95 ch. 1 de la Cst. attribue à la Confédération une compétence législative très générale en matière d'exercice des activités lucratives privées. Il s'agit d'une compétence concurrente à celle des cantons qui peuvent, selon l'art. 3 de la Cst., édicter des lois de même genre (J.-F. AUBERT, P. MAHON, op. cit. ad. art. 95 al. 1 ch. 1 Cst. n° 6 p. 744). Toutefois, dès lors que la Confédération a légiféré, le droit cantonal existant en la matière est évincé en vertu de l'art. 49 al. 1 de la Cst., le canton n'ayant plus de compétence pour édicter des mesures dans ce domaine, à moins qu'il ne soit mis au bénéfice d'une délégation (J.-F. AUBERT, P. MAHON, op. cit. ad. n° 49, n°s 3, 4 et 5, p. 420 et 421).

En l'occurrence, la LPMed, qui a pour objectif d'harmoniser les conditions de l'exercice des professions médicales universitaires dans toute la Suisse (Message, op. cit. p. 231) dans le but de faciliter la mise en œuvre de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes conclu entre la Confédération Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres (ALCP - RS 0.142.112.681), a épuisé la compétence des cantons en la matière (Message, op. cit. p. 160).

6. a. Aux termes de la LPMed, l'exercice d'une profession médicale universitaire est soumis à l'obtention d'une autorisation du canton sur le territoire duquel la profession est exercée (art. 34 LPMed). Pour les pharmaciens, celle-ci est accordée si le requérant est titulaire du diplôme fédéral correspondant (art. 36 al. 1 let. a LPMed) et s'il "est digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession" (art. 36 al. 1 let. b LPMed).

b. Les cantons peuvent prévoir que l'autorisation de pratiquer à titre indépendant soit soumise à des restrictions temporelles, géographiques ou techniques ainsi qu'à des charges, pour autant que ces restrictions et ces charges soient imposées par la Confédération ou qu'elles soient nécessaires pour garantir des soins médicaux fiables et de qualité (art. 37 LPMed).

7. Sur ce dernier point, sont admissibles les restrictions techniques (par ex. limitation à un domaine particulier ou à des activités médicales déterminées), temporelles (en particulier une autorisation à durée limitée) ou géographiques (limitation à une commune dans le cas d'une offre de soins médicaux insuffisante), conformément à l'art. 36 al. 3 let. b LPMed. L'autorisation peut dans ce cas être en outre assortie de charges concernant les locaux ou l'équipement des cabinets médicaux (Message, op. cit., ad. art. 37 p. 210).

8. Pour permettre la circulation de l'information entre les cantons, le département tient un registre des professions médicales universitaires (art. 51 al. 1 LPMed) consultable en ligne (art. 53 al. 1 LPMed) avec des restrictions d'accès pour certaines données (art. 53 al. 2 LPMed). Ce registre sert à l'information et à la protection des patients, à l'assurance qualité, à des fins statistiques, à l'établissement de la démographie médicale et à l'information des services étrangers. Il a en outre pour but de simplifier les procédures nécessaires à l'octroi d'une autorisation de pratiquer (art. 51 al. 2 LPMed).

En se fondant sur l'art. 51 al. 5 LPMed, le Conseil fédéral a édicté le 15 octobre 2008, l'ordonnance concernant le registre des professions médicales universitaires (ordonnance concernant le registre LPMed - RS 811.117.3). En vertu de l'art. 7 de celle-ci, les autorités cantonales compétentes doivent inscrire différentes données selon les autorisations de pratiquer à titre indépendant qu'ils ont délivrées.

Au terme de l'art. 54 al. 4 LPMed, toutes les inscriptions relatives à une personne sont éliminées du registre dès que celle-ci en question atteint l'âge de 80 ans ou qu'une autorité annonce son décès. Selon les travaux préparatoires, cette disposition a pour objectif de permettre le respect du principe inscrit à l'art. 21 al. 2 de la loi fédérale sur 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD - RS 235.1) qui oblige les organes fédéraux à rendre anonymes ou à détruire les données personnelles dont ils n'ont plus besoin (Message, op. cit. ad. art. 54 p. 219).

9. A Genève, les règles relatives à l'exercice des professions de la santé figurent aux art. 71 et suivants LS. Il s'agit d'une législation d'exécution de la LPMed (art. 71A LS).

a. Le droit de pratiquer une profession de la santé est délivré au professionnel de la santé qui remplit les conditions de l'art. 75 al. 1 LS. En sus d'un titre universitaire reconnu, celui-ci doit présenter un certificat médical attestant qu'il ne souffre pas d'affections physiques ou psychiques incompatibles avec l'exercice de sa profession (art. 75 al. 1 let. b LS).

b. L'art. 78 LS énonce également la règle suivante : « un professionnel de la santé qui entend exercer son activité au-delà de 70 ans doit en faire la demande à la direction générale de la santé en présentant un certificat médical. Le droit de pratiquer peut-être prolongé pour 3 ans, puis d'année en année jusqu'à 80 ans ».

Selon les travaux préparatoires relatifs à la loi qui a introduit cette limite absolue postérieurement à l'entrée en vigueur de la LS: "La LPMed ne prévoit pas explicitement d'âge limite pour l'exercice de la profession. On peut toutefois déduire de l'art. 54 LPMed, relatif à la tenue du registre, que le droit de pratiquer s'éteint à 80 ans, puisque tout professionnel atteignant cet âge voit ses données

éliminées du registre. Dès lors, la limite d'âge de 70 ans figurant dans la LS est contraire au droit fédéral pour les professions médicales universitaires, et il convient en fait de la fixer à 80 ans » (Message du Conseil d'Etat relatif au PL 10228 p. 10, MGC 2008, consultable en ligne à l'adresse internet : http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/560311/64/560311_64_complete.asp). En outre, devant la commission du Grand-Conseil chargée d'examiner le PL 10228, le Conseiller d'Etat en charge du DARES a répondu ainsi à un commissaire qui s'interrogeait sur les raisons de cette limite d'âge : « il n'y a pas de fondement formel et scientifique à cette limite d'âge, mais il est clair que les conditions requises pour exercer correctement les professions médicales sont de plus en plus difficiles à remplir avec l'âge, ne serait-ce qu'au niveau des exigences de formation continue. Cette disposition ne constitue donc pas une dissuasion formelle. » (Rapport de la commission de la santé chargée d'étudier le projet de loi modifiant la loi sur la santé du 17 juillet 2008, PL 10228-A p. 2, MGC 2008, consultable en ligne à l'adresse internet : http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/560311/64/560311_64_partie33.asp).

c. De jurisprudence constante, le Tribunal administratif est habilité à revoir, à titre préjudiciel et à l'occasion de l'examen d'un cas concret, la conformité des normes de droit cantonal au droit fédéral (P. MOOR, Droit administratif, Vol. 1, Berne 1994, p. 98 n. 2.2.3; R. ZIMMERMANN, L'évolution récente du contrôle préjudiciel de la constitutionnalité des lois en droit genevois, RDAF, 1988, pp. 1 ss). Le contrôle préjudiciel permet de déceler et de sanctionner la violation par une loi cantonale des droits garantis aux citoyens par la Cst., ou du régime de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. D'une manière générale, les lois cantonales ne doivent rien contenir de contraire aux lois et ordonnances du droit fédéral. De même, les ordonnances cantonales qui violent la Cst. féd. ou se révèlent contraires aux lois fédérales doivent être sanctionnées (ATA/651/2003 du 26 août 2003, ATA/572/2003 du 23 juillet 2003 ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, Berne 2000, p. 663 n. 1866; R. ZIMMERMANN, Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses, Lausanne 1987, p. 132).

10. a. Il s'agit, en l'occurrence, de déterminer si la limite de 80 ans énoncée à l'art. 78 LS est conforme au droit fédéral.

b. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et

les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 125 II 206 consid. 4a p. 208/209). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution. Cette dernière règle prend un sens particulièrement important lorsqu'il s'agit d'examiner s'il n'y a pas un conflit entre une règle fédérale et une règle cantonale. En effet, tant qu'il est possible d'après les méthodes et les principes d'interprétation traditionnelle d'établir une concordance entre les deux normes, un tel conflit n'existe pas, les deux normes pouvant coexister et le principe de la primauté du droit fédéral ne s'applique pas (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 2ème éd., 2006, n°. 1056 p. 375).

En l'occurrence, l'art. 36 al. 1 let. b LPMed, pose comme exigence que le requérant établisse, sans en préciser la forme ou les modalités, qu'il présente toutes les garanties tant physiques que psychiques nécessaires à l'exercice d'irréprochable de la profession médicale considérée. Il s'agit d'une approche fondée sur des critères liés à la personne de ce dernier. L'art. 78 LS de son côté en interdisant à un professionnel de la santé d'exercer sa profession au-delà de 80 ans, impose une limite objective dont le but de police sanitaire recherché est le même que celui poursuivi par l'art. 36 al 1 let. b LPMed, mais qui s'écarte du critère subjectif retenu par cette disposition. Même si, selon le cours ordinaire de la vie, un professionnel de la santé devrait songer à prendre sa retraite à 80 ans, on ne peut présumer, comme le sous-tend l'art. 78 LS, qu'à partir de cet âge, celui-ci ne réunit plus les aptitudes physiques ou psychiques permettant qu'il soit autorisé à continuer sa pratique professionnelle. Aucune interprétation conforme de l'art. 78 LS n'étant possible, force est de constater que la limite d'âge absolue posée par le droit cantonal va au-delà de ce que le droit fédéral autorise à l'art. 36 al. 1 let. b LPMd,

11. L'intimée considère que la limite absolue de 80 ans énoncée dans la loi cantonale, découle de l'art. 54 al. 4 LPMed. Ce point de vue ne peut être suivi. Les différentes règles contenues à l'art. 54 LMed concernent la gestion des données contenues dans le registre des professions médicales gérées par le département fédéral de l'intérieur. Conformément à l'art. 51 LMed, les professions de la santé ont certes l'obligation d'être inscrites par les cantons dans ce registre, mais cette inscription n'est pas une condition posée par l'art. 36 LMed afin d'être autorisé à pratiquer. A lire les explications de la commission des professions médicales qui gère le registre en question, les restrictions ou obligations de radiation énoncées notamment à l'art. 54 al. 4 LPMed ont pour origine la volonté de respecter les règles de protection des données contenues dans la LPD et le fait qu'un professionnel de la santé de plus de 80 ans voit, en vertu de cette disposition, un certain nombre de mentions le concernant être radiées, ne peut en aucun cas empêcher qu'il continue à pratiquer.

12. De même, l'interdiction de pratiquer au-delà de 80 ans n'a pas la caractéristique ou la nature d'une restriction à l'exercice des professions médicales, de nature temporelle, géographique ou technique, entrant dans le cadre de ce que les cantons peuvent prévoir selon l'art. 37 LPMed.
13. Fondée sur la seule limite d'âge atteinte par le recourant et se basant sur une disposition légale cantonale contrevenant au principe de la primauté du droit fédéral, la décision du 4 juin 2009 doit être annulée (SJ 1997, 421 ; ATF 121 III 266, consid. 2b ; J.-F. AUBERT, P. MAHON, op.cit., ad art. 49 Cst, n° 4, p. 421 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., n° 1068 et 1072, p. 381 et 382). Le recours sera admis et la cause renvoyée à la DGS pour nouvelle décision.
14. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de l'intimée qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). De même, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable les recours interjetés les 29 mai et 12 juin 2009 par Monsieur X_____ contre la décision du pharmacien cantonal du 12 mai 2009 et celle de la direction générale de la santé du 4 juin 2009 ;

au fond :

dit que le recours contre la décision du pharmacien cantonal du 12 mai 2009 n'a plus d'objet ;

admet le recours contre la décision de la direction générale de la santé du 4 juin 2009 ;

annule ladite décision ;

retourne la procédure à la direction générale de la santé pour nouvelle décision ;

met à la charge de l'Etat de Genève un émolument de procédure de CHF 500.- ;

alloue à Monsieur X_____ une indemnité de procédure de CHF 1'500.- mise à la charge de l'Etat de Genève ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Michel Halpérin, avocat du recourant ainsi qu'à la direction générale de la santé, au pharmacien cantonal et au département fédéral de l'intérieur.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :