RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2398/2006-CE **ATA/528/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 3 octobre 2006

dans la cause

M. X_____

contre

CONSEIL D'ÉTAT

EN FAIT

1. M. X_____, né le _____ 1959, est au bénéfice d'une autorisation d'exercer la profession de médecin dans le canton de Genève qui lui a été délivrée par arrêté du Conseil d'Etat du 8 juillet 1987.

2. Par courrier confidentiel du 9 décembre 2005, la commission de surveillance des professions de la santé (ci-après : la commission) a communiqué à la Dresse Schaller, médecin-cantonal délégué, que le juge d'instruction l'avait autorisée à l'informer que le Dr X_____ était en fuite et qu'un mandat d'amener avait été décerné contre lui le 11 mars 2005.

3. Par courrier du 7 janvier 2006, le Dr X_____ a écrit à la Dresse Schaller pour lui confirmer, sur requête du juge d'instruction, qu'une procédure pénale était en cours à son encontre.

   Il devait se rendre chez le juge d'instruction en février ou mars 2006 et souhaitait que, parallèlement à la procédure pénale, la commission soumette toute son activité professionnelle en qualité de médecin autorisé à pratiquer à Genève à une procédure administrative "qui en évalue la réalité, la légalité, le caractère déontologique et tout autre aspect utile à éclairer la justice tout en préservant les intérêts légaux et moraux des patientes et patients impliqués". Par ailleurs, le Dr X_____ exposait que la procédure faisait suite au contentieux l'opposant à l'un de ses anciens patients et que, depuis, la police avait apposé des scellés sur son appartement dans lequel il effectuait également ses consultations et gardait la presque totalité des dossiers de ses patients.

4. Le 10 janvier 2006, la Dresse Schaller s'est adressée au juge d'instruction en le priant de lui adresser une copie du dossier pénal relatif à M. X_____ ainsi que les éléments de la plainte pour pouvoir déterminer si les faits reprochés à ce praticien constituaient des agissements professionnels incorrects.

5. Le 27 janvier 2006, le juge d'instruction a informé la Dresse Schaller que M. X_____ n'avait pu être inculpé, raison pour laquelle, l'information n'étant pas contradictoire, il ne pouvait pas lui communiquer copie de la procédure pénale. Toutefois, par courrier, M. X_____ avait contesté les faits qui lui étaient reprochés.

6. Dans la Tribune de Genève du 7 avril 2006 a paru un article intitulé "un médecin psychiatre incarcéré à Champ-Dollon". Il en résultait que ce médecin avait été incarcéré depuis fin janvier et qu'il était inculpé notamment de tentative d'escroquerie et de gestion déloyale, en raison de problèmes de double facturation.

Le 11 avril 2006, la Chambre d'accusation devait se prononcer sur la demande de mise en liberté déposée par ce praticien.

7. Le 7 avril 2006, la Dresse Schaller s'est adressée à nouveau au juge d'instruction en réitérant sa demande de prendre connaissance de la procédure pénale vu l'inculpation de l'intéressé.

8. Le 11 avril 2006, le juge d'instruction a répondu que la procédure pénale pouvait être consultée dans son cabinet. Par ailleurs, il souhaitait nommer un expert pour examiner le dossier et établir un rapport au sujet de la manière de l'inculpé de faire des factures.

La Dresse Schaller était de plus invitée à suggérer le nom d'un expert qui pourrait remplir cette mission.

9. Le 19 avril 2006, la commission a transmis à la Dresse Schaller le courrier daté du 6 avril 2006 qu'elle avait reçu de M. X_____ ayant pour objet sa demande de suspension de son droit de pratique. Dans cette lettre, M. X_____ informait la commission de sa "décision de suspension temporaire de (mon) son droit d'exercer à titre indépendant la profession de médecin sur le territoire du canton de Genève et ce jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale P/8724/2004 dirigée contre moi (lui)". Il était en détention préventive depuis le 23 février 2006 et avait donc interrompu toute pratique médicale et perdu son lieu de consultation. La situation dans laquelle il se trouvait et les accusations portées contre lui ne lui permettaient plus d'exercer sereinement des mandats de soins. En janvier 2006 déjà, il avait demandé à la commission l'ouverture d'une enquête administrative concernant sa pratique médicale mais n'avait pas reçu de réponse positive. Il se disait certain que cette fois-ci, la commission réaliserait que la solution de suspension de son droit d'exercer la médecine à titre indépendant constituait le compromis qu'imposait la prise en compte simultanée des intérêts des patients, de l'intérêt public plus global ainsi que de son intérêt personnel. Il restait à disposition, via son conseil, pour tout complément d'explication et pour une éventuelle présentation devant la commission.

10. Le 19 avril 2006 également, la commission a informé le conseil de M. X_____ qu'elle avait bien reçu le courrier de celui-ci du 6 avril 2006 l'informant de sa décision de solliciter la suspension temporaire de son droit d'exercer à titre indépendant la profession de médecin. Cette question relevant de la compétence du médecin cantonal délégué, le courrier de M. X_____ était transmis à ce médecin pour raison de compétence.

11. Conformément à l'article 6 alinéa 3 de la loi sur l'exercice des professions de la santé et les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (LEPS - K 3 05), La Dresse Schaller a, le 26 avril 2006, préavisé favorablement "la radiation volontaire de M. X_____ du registre des

médecins autorisés dans le canton de Genève". L'arrêté du 8 juillet 1987 qui inscrivait l'intéressé dans le registre de ladite profession était abrogé.

12. Par lettre-signature du 4 mai 2006, la Dresse Schaller a écrit au conseil de M. X_____ en répondant au courrier précité. Elle disait avoir pris note de la décision du Dr X_____ de solliciter la suspension temporaire de son autorisation d'exercer la profession de médecin à titre indépendant. La LEPS ne prévoyait cependant pas que les professionnels de la santé puissent demander une suspension temporaire de leur droit de pratique.

Un arrêté du Conseil d'Etat de radiation volontaire du registre des médecins serait établi prochainement. Si M. X_____ souhaitait exercer à nouveau la profession de médecin dans le canton de Genève, il devrait adresser sa requête à l'unité des droits de pratique de la direction générale de la santé.

13. Par arrêté du 24 mai 2006, le Conseil d'Etat, vu le préavis favorable du médecin cantonal délégué du 26 avril 2006, a prononcé la radiation de M. X_____ du registre des médecins autorisés dans le canton de Genève, conformément à l'article 6 alinéa 3 LEPS. Il a également abrogé l'arrêté du 8 juillet 1987 qui inscrivait l'intéressé dans le registre de ladite profession.

Cette décision était déclarée exécutoire nonobstant recours, un tel recours pouvant être interjeté dans les trente jours auprès du Tribunal administratif. Cet arrêté ferait l'objet d'une parution dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) dès qu'il serait devenu exécutoire.

14. Le 2 juin 2006, le médecin cantonal délégué a écrit à la commission en l'informant de l'arrêté précité.

Le médecin cantonal délégué souhaitait néanmoins que la commission instruise au fond cette affaire de fausses factures et d'escroquerie aux assurances afin de déterminer si les faits constituaient des agissements professionnels incorrects au sens de la LEPS.

15. Le 22 juin 2006, le président de la commission a demandé au médecin cantonal délégué de lui transmettre la copie de la réponse du juge d'instruction à son courrier du 7 avril 2006. Par ailleurs, la commission avait décidé de ne pas ouvrir en l'état une procédure administrative, ce qui l'amènerait à s'immiscer dans la procédure pénale en cours qui n'en était qu'à sa phase initiale. Suivant les résultat de la procédure pénale, la commission pourrait revoir sa position. Copie de ce courrier était adressée au juge d'instruction pour information.

16. Par acte posté le 28 juin 2006, M. X_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mai 2006 en concluant préalablement à la restitution de l'effet suspensif et à l'octroi de l'assistance juridique avec désignation d'un avocat. De plus, il demandait à pouvoir compléter

son recours avec l'aide d'un conseil. Principalement, il concluait à l'annulation de l'arrêté et au maintien de son inscription dans le registre genevois des médecins autorisés. Il demandait que tous les frais de la procédure soient mis à la charge de l'Etat et que celui-ci soit condamné à lui octroyer une indemnisation pour les torts matériels et moraux subis.

17. Un délai au 14 juillet 2006 a été octroyé au Conseil d'Etat pour ses observations sur effet suspensif.

18. Le 13 juillet 2006, le médecin cantonal délégué s'en est rapporté à justice sur la recevabilité du recours, l'arrêté du Conseil d'Etat querellé ayant été envoyé sous pli simple. Quant à la demande de restitution d'effet suspensif, elle devait être rejetée. Sur le fond, le recours devait être rejeté également.

19. Le juge délégué a prié le juge d'instruction, par courriers des 17 et 24 juillet 2006, de lui faire parvenir en prêt la procédure pénale P/8724/2004.

Il résulte notamment de la procédure pénale les faits suivants, contestés par le recourant :

a. Le 23 février 2006, M. X_____ a été inculpé notamment de tentative d'escroquerie, d'escroquerie, de faux dans les titres pour des faits s'étant déroulés entre 2000 et 2005 ; il lui était en particulier reproché d'avoir facturé des prestations indues ou inexistantes à une vingtaine de patients alors que parallèlement les factures étaient expédiées à la caisse des médecins qui envoyait à son tour une facture auxdits patients ;

b. M. X_____ a été détenu préventivement du 23 février 2006 au 10 avril 2006.

c. Le 14 juin 2006, le juge d'instruction a assermenté un expert psychiatre pour déterminer au vu du dossier si l'inculpé avait commis des agissements professionnels incorrects.

20. Par décision du 25 juillet 2006, le président du Tribunal administratif a rejeté la demande en restitution de l'effet suspensif, estimant l'intérêt public prédominant. Un délai au 15 août 2006 était imparti au Conseil d'Etat pour répondre sur le fond du litige.

21. Le 26 juillet 2006, M. X_____ est venu consulter la procédure pénale au greffe du Tribunal administratif. Cette procédure a été renvoyée au juge d'instruction le 27 juillet 2006 et celui-ci a été informé du fait que l'effet suspensif n'était pas restitué.

22. Le 10 août 2006, le médecin cantonal délégué a indiqué avoir déjà répondu sur le fond du litige dans son courrier du 13 juillet 2006.

23. Le 10 août 2006 également, M. X_____ a précisé qu'il avait pris contact avec un avocat-stagiaire car les complexités de cette affaire nécessitaient qu'il ait un conseil, même s'il en avait déjà un dans le cadre de la procédure pénale.

24. Le 14 septembre 2006, les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle.

a. M. X_____ a confirmé son recours. Il n'avait jamais demandé sa radiation volontaire mais bien une suspension temporaire de son autorisation d'exercer. Depuis qu'il était sorti de prison le 11 avril 2006, il était sans revenu, car il n'avait pas le droit de recevoir des indemnités de chômage ni celui de travailler à titre dépendant.

Il n'avait pas sollicité l'assistance juridique et n'avait donc pas d'avocat d'office pour cette procédure-ci.

Le recourant a précisé que s'il avait écrit le 6 avril 2006 à la commission pour l'informer de la décision de suspension temporaire de son droit d'exercer à titre indépendant la profession de médecin sur le territoire du canton de Genève jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale instruite contre lui, c'était parce que ses avocats voulaient plaider sa mise en liberté devant la Chambre d'accusation. Ils lui avaient conseillé de mettre tous les atouts de son côté en lui demandant d'écrire qu'il cessait provisoirement de pratiquer à Genève ainsi que dans le canton de Vaud. Il avait écrit cette lettre que ses avocats n'avaient pas vue avant qu'elle ne soit expédiée. Les autorités vaudoises avaient compris sa demande comme une demande d'interruption d'activité indépendante mais aucune décision n'avait été prise par elles. Il avait simplement pris l'engagement de ne pas travailler dans ce canton.

b. Le médecin cantonal délégué a indiqué que la nouvelle loi sur la santé était entrée en vigueur le 1er septembre 2006 et distinguait l'interruption et la cessation d'activité à titre indépendant du droit de pratique.

Si par hypothèse l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mai 2006 était annulé, le département pourrait autoriser le recourant à exercer sa profession comme salarié dans une institution ou dans une clinique ce qui lui permettrait de garder son droit de pratique. L'activité serait limitée à une activité dépendante ce qui éviterait les problèmes de facturation.

25. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (arrêt du Tribunal fédéral 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 ; ATA/445/2006 du 31 août 2006).

   Toutefois, la violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des question litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de celles-ci ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003, consid. 2.4). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. La partie lésée doit donc avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/123/2005 du 8 mars 2005).

   En l'espèce, le médecin cantonal délégué n'a pas donné au Dr X_____ la possibilité de s'expliquer avant le préavis favorable émis le 26 avril 2006 ni avant l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mai 2006 prononçant la radiation de M. X_____, le courrier adressé au conseil de ce dernier le 4 mai 2006 se bornant à informer celui-ci que la suspension temporaire n'était pas prévue par la loi. Certes, ce courrier annonçait qu'un arrêté de "radiation volontaire" serait établi prochainement sans impartir un délai à M. X_____ pour retirer cas échéant la demande qu'il avait formulée de bonne foi et par laquelle il n'entendait nullement être radié volontairement, la loi ne le prévoyant d'ailleurs pas.

   En conséquence, l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mai 2006 viole bel et bien le droit d'être entendu de M. X_____.

   Le tribunal de céans disposant en l'espèce du même pouvoir de cognition que l'autorité intimée, cette violation a toutefois été réparée dans le cadre de cette procédure.

3. Le 1er septembre 2006, est entrée en vigueur la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) qui a abrogé et remplacé la LEPS. Son article 138 LS, intitulé "dispositions transitoires", ne traite cependant pas des procédures pendantes à la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

4. Selon une jurisprudence constante en matière de droit public, l'autorité de recours applique les normes en vigueur au jour où elle statue. L'application immédiate du nouveau droit est en principe justifiée par un intérêt public prépondérant, ces principes étant applicables en matière d'autorisation (ATA/246/2006 du 9 mai 2006 notamment).

5. Pas plus la nouvelle loi que l'article 6 alinéa 4 aLEPS ne prévoient la possibilité par un praticien de demander sa suspension temporaire.

Or, le recourant n'a jamais sollicité sa radiation ou sa radiation volontaire comme cela ressort du préavis erroné émis le 26 avril 2006 par le médecin cantonal délégué.

6. En conséquence, le recours sera admis et l'arrêté pris par le Conseil d'Etat le 24 mai 2006 annulé.

La cause sera renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision.

7. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du Conseil d'Etat (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 28 juin 2006 par M. X_____ contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mai 2006 ;

au fond :

l'admet ;

annule l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mai 2006 ;

renvoie la cause au Conseil d'Etat pour nouvelle décision ;

met à la charge de l'autorité intimée un émolument de CHF 2'000.- ;

communique le présent arrêt à M. X_____ ainsi qu'au Conseil d'Etat.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :