

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/241/2024-PROF

ATA/272/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 28 février 2024

sur mesures provisionnelles

dans la cause

A _____
représenté par Me Marc BELLON, avocat

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE LA SANTÉ

intimé

Vu, en fait, le courrier du 5 décembre 2023 de la direction générale de la santé, devenue depuis l'office cantonal de la santé (ci-après : OCS ou l'office), au Docteur B_____, l'informant que le Docteur A_____ n'était pas au bénéfice d'une autorisation de pratiquer valide sur le canton de Genève, comme le montrait son statut sur le registre fédéral des professions médicales, statut inactif au 15 octobre 2023 ; que le Docteur A_____ était au bénéfice d'un titre postgrade en médecine interne générale et devait donc être au bénéfice d'une autorisation de pratiquer sous sa propre responsabilité s'il entendait exercer son activité professionnelle ; que la notion de pratique sous surveillance, sans autorisation formelle, ne pouvait être comprise que pour des médecins, ou les autres professions médicales, qui suivaient une formation postgrade, ce qui n'était pas le cas du Docteur A_____ ; que par conséquent ce dernier devait cesser immédiatement toute activité médicale ; que l'office se réservait le droit d'en informer les assurances ;

vu le recours interjeté le 22 janvier 2024 par le Docteur A_____ contre la « décision du 5 décembre 2023 » ; qu'il a conclu à son annulation, à ce qu'il soit constaté qu'il était légitimé à travailler en qualité de médecin employé par et pour le compte du Docteur B_____ sous la surveillance et la responsabilité de ce dernier, pour la période du 7 novembre 2023 au 14 octobre 2024, qu'il y soit autorisé en tant que de besoin, ce que l'OCS devait être invité à communiquer aux assureurs maladie ;

qu'il a exposé qu'il était titulaire d'un diplôme fédéral de médecine humaine depuis le 18 mai 1994 ; qu'il était au bénéfice d'un titre postgrade de spécialiste FMH en médecine interne générale délivrée le 1^{er} décembre 2011 ainsi que d'un second titre postgrade fédéral de médecin praticien obtenu le 28 janvier 2010 ; qu'il suivait régulièrement les séminaires de formation continue nécessaires au maintien des titres postgrades fédéraux ; qu'il avait été autorisé à exercer la profession de médecin à titre indépendant ou dépendant sous sa propre responsabilité dans le canton de Genève le 23 février 2010 ; qu'il avait fait l'objet d'une procédure disciplinaire ; que par arrêté du 9 juillet 2021, le conseiller d'État en charge du département de la santé lui avait retiré son droit de pratiquer la profession de médecin ; que cette décision avait été confirmée par arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) du 4 octobre 2022 (ATA/987/2022) puis par arrêt du Tribunal fédéral du 3 août 2023 (2C_915/2022) ; que par arrêté du 5 septembre 2023, le conseiller d'État en charge du département de la santé avait fixé les dates de retrait du droit de pratiquer la profession de médecin à la période du 15 octobre 2023 au 14 octobre 2024 ;

que par contrat de travail du 7 novembre 2023, il avait été engagé en qualité de médecin par le Docteur B_____, ce que ce dernier avait annoncé le 28 novembre 2023 à l'OCS ; qu'il avait appris la teneur de la réponse du 5 décembre 2023 de l'OCS deux jours plus tard, le 7 décembre 2023 ; qu'il avait suspendu le jour même son activité pour le compte du Docteur B_____ jusqu'à ce que la situation de droit soit clarifiée ; qu'il avait sollicité, en vain, une décision formelle de l'OCS ; qu'il était dès lors contraint de recourir contre la correspondance du 5 décembre 2023 ; qu'elle répondait à la notion de décision ; que l'annonce selon laquelle l'office se réservait le droit d'en informer les assurances était

un acte matériel qui touchait ses droits et ses obligations contre lequel il était fondé à recourir en l'absence de réponse de l'office concerné ;

qu'il relevait une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral ; que la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (loi sur les professions médicales - LPMéd - RS 811. 11) avait fait l'objet de modifications le 1^{er} janvier 2018 ; que, dans son arrêt du 3 août 2023, le Tribunal fédéral avait spontanément défini l'interprétation qu'il convenait de donner à la décision prise par le département le 9 juillet 2021 ; qu'il avait précisé l'objet du litige en indiquant : « l'objet du litige porte, au fond, sur la violation de ses devoirs professionnels par le recourant (art. 40 LPMéd) et sur la sanction prononcée, à savoir une interdiction de pratiquer (et non un retrait de l'autorisation de pratiquer [art. 38 LPMéd]) pour une durée de douze mois (art. 43 al. 1 let. d LPMéd). Il s'agit donc d'une procédure disciplinaire » ; que le Tribunal fédéral avait ainsi exclu que la sanction prononcée par le département puisse consister en une sanction de droit cantonal ; que la sanction confirmée par le Tribunal fédéral le 3 août 2023 devait permettre au Docteur A_____ d'exercer sa profession, entre les 15 octobre 2023 et 14 octobre 2024, sous la responsabilité professionnelle et la surveillance d'un tiers médecin tel le Docteur B_____ ;

que l'affirmation relative à la formation postgrade évoquée dans la décision reposait sur l'art. 73 al. 2 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) laquelle posait une condition additionnelle, non prévue par le droit fédéral ; que celle-ci l'obligerait à entamer une nouvelle formation postgrade pour pouvoir exercer sa profession sous la surveillance de médecin tiers pour pouvoir être considéré comme dispensé de requérir l'autorisation formelle, soit une manière habile du législateur genevois de contourner l'esprit et la portée du droit fédéral ; que le droit cantonal ne pouvait exiger de lui qu'il suive une troisième formation postgrade ; que de surcroît il était dans l'impossibilité temporelle de s'y engager pendant les douze mois d'interdiction de pratiquer ; qu'admettre une telle approche équivaudrait, *de facto* et *de iure*, à remplacer une sanction unifiée de droit fédéral de l'art. 43 al. 1 let. d LPMéd par une sanction de droit cantonal au sens de l'art. 127 al. 1 let. b LS ; que la condition de l'art. 73 al. 2 LS violait en outre le principe constitutionnel de proportionnalité régissant toute atteinte portée à sa liberté économique ; qu'il devait être autorisé, sur mesures provisionnelles, à travailler en qualité de médecin employé par et pour le compte du Docteur B_____, sous la surveillance la responsabilité de celui-ci ;

qu'à défaut du prononcé des mesures provisionnelles, il était privé de tout revenu de son travail durant la période en cause ; qu'il était dans l'impossibilité de financer son quotidien, incluant notamment les annuités hypothécaires de sa maison ainsi que le loyer du cabinet médical qu'il exploitait jusqu'au 15 octobre 2023 ; que les conséquences économiques pouvaient impacter des années de vie privée et professionnelle et s'avérer difficilement réparables ; que le but de la sanction était atteint par la perte d'indépendance et la surveillance de son employeur ; que la pesée des intérêts commandait d'admettre la requête de mesures provisionnelles ;

que l'OCS a conclu au rejet de la requête en mesures provisionnelles ; que le recourant n'avait apporté aucune preuve de ses allégations concernant les annuités hypothécaires et le loyer de son cabinet médical ; qu'il ne démontrait pas qu'il n'aurait aucune autre source de revenu notamment via un autre membre de son foyer ou des économies ; qu'il était sous le coup d'une sanction basée sur les art. 127 al. 1 let. b et 128 al. 1 et 2 LS ; que le courrier litigieux devait être lu avec l'arrêté du 9 juillet 2021, exécutoire et définitif qui se basait sur les articles de loi précités ; que conformément à ces dispositions, le recourant était non seulement sous le coup d'un retrait de son autorisation d'exercer sous sa propre responsabilité mais également d'une interdiction de pratiquer une profession de la santé ; que le courrier du 5 décembre 2023 n'était autre qu'une mesure d'exécution dudit arrêté ; que le recourant pourrait contester l'éventuelle décision que prendraient les assureurs à son encontre devant le Tribunal arbitral, de sorte que son intérêt digne de protection pouvait être sauvegardé autrement que par une décision relative à la réserve effectuée en faveur des assureurs par l'OCS ; que pour ces raisons le recours devait être déclaré irrecevable ; que l'OCS avait une compétence résiduelle pour régler l'exercice de la profession de médecin sous la surveillance d'un pair ; que cette compétence était conforme à la systématique de la LPMéd qui prévoyait qu'un médecin devait tendre à atteindre certaines exigences afin de pouvoir exercer sous sa propre responsabilité, ce qui remplissait un but certain de santé publique ; que suivre une formation postgrade n'apparaissait pas disproportionné eu égard au but poursuivi ;

que dans sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions ; que l'injonction consignée dans la correspondance du 5 décembre 2023 consistait en une interdiction nouvelle qui ne trouvait pas de sources juridiques dans l'art. 43 al. 1 let. d LPMéd constituant de ce fait une décision « inaugurale » ; qu'un recours à son encontre était dès lors recevable ; que, contrairement à ce que soutenait l'OCS, l'arrêté du 9 juillet 2021 ne faisait pas référence dans son dispositif à la LS ; qu'il ne pouvait compter sur aucun proche pour lui venir en aide sur le plan financier, vivant seul ; qu'en qualité d'indépendant, il n'avait pas droit à des indemnités de l'assurance chômage ; que sa courte période d'activité, du 7 novembre 2023 au 7 décembre 2023, n'avait pas permis d'ouvrir de droit à de telles indemnités ; qu'il avait épuisé ses économies ; qu'une pratique médicale exercée sous la surveillance et la responsabilité d'un tiers médecin durant la période de la sanction prononcée s'avérait la meilleure garante du rétablissement d'une pratique médicale exempte de menace pour la santé publique ;

que sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur mesures provisionnelles ;

Considérant, en droit, l'art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 mai 2020, à teneur duquel les décisions sur effet suspensif sont prises par le président de ladite chambre, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge ;

qu'aux termes de l'art. 66 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), sauf disposition légale contraire, le recours a effet

suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (al. 1); que toutefois, lorsque aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (al. 3);

que selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3; ATA/503/2018 du 23 mai 2018; ATA/955/2016 du 9 novembre 2016 consid. 4; ATA/1244/2015 du 17 novembre 2015 consid. 2);

qu'elles ne sauraient, en principe, anticiper le jugement définitif (Isabelle HÄNER, *Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in RDS 1997 II 253-420, spéc. 265*);

que, par ailleurs, l'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405; ATA/941/2018 du 18 septembre 2018);

que le prononcé de mesures provisionnelles est subordonné à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1);

que la chambre de céans dispose dans l'octroi de mesures provisionnelles d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 précité consid. 5.5.1; ATA/941/2018 précité);

que l'art. 40 LPMéd décrit les devoirs professionnels des personnes exerçant une profession médicale universitaire sous leur propre responsabilité professionnelle;

qu'à teneur de l'art. 43 al. 1 LPMéd, en cas de violation des devoirs professionnels, des dispositions de la LPMéd ou de ses dispositions d'exécution, l'autorité de surveillance peut prononcer des mesures disciplinaires, notamment : une interdiction de pratiquer sous sa propre responsabilité professionnelle pendant six ans au plus (interdiction temporaire; let. d);

qu'à teneur de l'art. 73 al. 2 LS, le département peut renoncer à délivrer une autorisation de pratiquer aux professions médicales universitaires s'exerçant sous la surveillance professionnelle d'une professionnelle ou d'un professionnel de la santé autorisé à pratiquer la même discipline et qui suivent une formation postgrade;

qu'en l'espèce, si le dispositif de l'arrêté du 9 juillet 2021 ne fait pas mention des dispositions légales, les considérants évoquent les art. 127 et 128 LS;

que toutefois le Tribunal fédéral a précisé que l'objet du litige portait sur la violation des devoirs professionnels du recourant au sens de l'art. 40 LPMéd et de la sanction sous forme d'une interdiction de pratiquer pour une durée de douze mois, selon l'art. 43 al. 1 let. d LPMéd ; qu'il a rappelé qu'il ne s'agissait pas d'un retrait de l'autorisation de pratiquer sous sa propre responsabilité professionnelle au sens de l'art. 38 LPMéd ;

que dès lors, à première vue, le recourant ne peut être soumis qu'aux mesures disciplinaires prévues par cette loi (art. 43 LPMéd), à l'exclusion d'éventuelles sanctions prévues par le droit cantonal (ATF 149 II 109 consid. 7.2) ;

que selon l'art. 45 LPMéd, consacré aux effets de l'interdiction précitée, cette dernière rend caduque toute autorisation de pratique sous sa propre responsabilité professionnelle (art. 45 al. 2 LPMéd) ;

que l'expression « exercice de la profession sous sa propre responsabilité professionnelle » englobe les personnes qui assument une responsabilité professionnelle dans le cadre d'un contrat de travail salarié ; qu'elle s'applique à toute activité exercée sans le contrôle d'un membre de la même profession, que cette activité soit salariée ou indépendante ; qu'elle englobe les salariés n'occupant aucune fonction de conduite mais accomplissant leur travail seul et sans le contrôle d'un pair ; que les médecins travaillant dans le cas d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une autre personne morale répondent à cette définition ; que par contre, les personnes ne pratiquent pas « sous leur propre responsabilité professionnelle » si elles sont soumises à la surveillance des professionnels du même corps de métier (Yves DONZALLAZ, traité de droit médical, vol. 2, 2021 n° 2'683) ;

qu'en conséquence, le statut de salarié n'est pas déterminant ;

que les cantons ne peuvent prévoir aucune réglementation dérogeant aux dispositions édictées par la Confédération s'agissant de l'exercice sous responsabilité professionnelle propre, du moins pour ce qui concerne les professions régies notamment par la LPMéd (Yves DONZALLAZ, op. cit, n° 2'684) ;

qu'à suivre l'argumentation du recourant, l'exercice de la profession comme il le conçoit pendant la durée de la sanction, soit « en qualité de médecin employé par et pour le compte d'un tiers, confrère, sous la surveillance et la responsabilité de ce dernier » ne consisterait pas en l'« exercice de la profession sous sa propre responsabilité professionnelle » ;

que toutefois l'entrée en vigueur de la LPMéd n'a pas modifié le régime de l'exercice de la médecine exercée sous l'autorité d'un tiers qui, comme par le passé, relève du droit cantonal ; que le critère de délimitation entre ce qui relève d'une activité exercée sous sa responsabilité professionnelle propre et sous celle d'un tiers relève cependant du droit fédéral (Yves DONZALLAZ, op. cit, n° 2'695) ;

qu'à suivre l'argumentation du recourant, l'exercice de la profession comme il le conçoit pendant la durée de la sanction correspondrait à cette dernière situation ;

que dans ces conditions, *prima facie*, la condition posée par le canton, selon lequel la pratique sous la responsabilité d'un confrère n'est envisageable que dans le cadre d'une formation postgrade, serait compatible avec le droit fédéral ;

qu'à première vue, et contrairement à ce que soutient le recourant, la condition de la formation postgrade ne constitue pas une sanction, mais une exigence de la loi (art. 73 al. 2 LS) ;

que si l'intérêt du recourant à obtenir des revenus est important, la sanction décidée ne l'empêche pas de travailler mais en limite le secteur d'activité, à la suite d'un comportement fautif ;

que l'intérêt public à la protection de la santé des patients est très important ;

que le principe de proportionnalité est respecté, le recourant n'étant pas empêché d'obtenir des revenus ;

qu'en l'état, les chances de succès n'apparaissent pas évidentes ;

qu'au vu de ce qui précède, les mesures provisionnelles seront refusées ;

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette les mesures provisionnelles ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

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 la présente décision à Me Marc BELLON, avocat du recourant ainsi qu'à l'office cantonal de la santé.

Le président :

C. MASCOTTO

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :