

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/288/2010-PROF

ATA/790/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 16 novembre 2010

dans la cause

Monsieur X _____
représenté par Me Raphaël Treuillaud, avocat

contre

**COMMISSION DE SURVEILLANCE DES PROFESSIONS DE LA SANTÉ ET
DES DROITS DES PATIENTS**

EN FAIT

1. Monsieur X_____ est médecin psychiatre et psychothérapeute, spécialisé en sexologie clinique à Genève. Il enseigne sa spécialité dans divers établissements. Il est par ailleurs auteur de plusieurs publications et conférences dans ce domaine.

2. En juillet 2006, il a été consulté par Madame T_____.

Celle-ci était divorcée depuis 2003 de Monsieur T_____, duquel elle avait eu trois enfants, nés en 1997 et 2001. Elle sollicitait de la part du Dr X_____ un avis spécialisé sur la dangerosité physique et psychique de son ex-mari vis-à-vis de leurs enfants, qu'elle produirait dans le cadre de procédures judiciaires, civile et pénale, l'opposant à ce dernier.

Elle nourrissait de graves craintes au sujet de la conduite de son ex-mari à l'égard de leurs enfants, dont il avait la garde conjointe. La vie du couple avait été marquée par des comportements sexuels de M. T_____ relevant de l'anormalité. Leurs enfants avaient tenu des propos laissant clairement penser qu'ils avaient été en contact avec des événements à connotation sexuelle chez leur père.

Cette "expertise" ne pourrait se faire qu'en l'absence de M. T_____ et à son insu, en raison des relations conflictuelles existant entre les ex-époux. Elle se fonderait essentiellement sur des notes manuscrites de M. T_____ portant sur des faits relevant de sa plus stricte intimité (fantasmes et rêves) qui dataient d'une vingtaine d'années, rédigés par ce dernier dans le cadre d'un suivi psychothérapeutique, qu'elle remettrait au Dr X_____.

3. Par lettre du 11 juillet 2006, ce médecin a accepté ce mandat.

4. Le 29 août 2006, il a rendu un rapport intitulé « expertise en sexologie à propos d'écrits et de comportements conjugaux et familiaux de Monsieur T_____ ».

Il s'agissait "dans le cadre d'une procédure pénale et d'une procédure civile pendantes dans le canton de Vaud à l'encontre de [M. T_____ (...)], de donner un avis spécialisé sur la dangerosité physique et psychique de [ce dernier] vis-à-vis de ses enfants".

L'analyse se basait, outre sur les notes et carnets de rêves précités écrits entre août 1986 et mai 1989, sur un résumé de vie conjugale de Mme T_____, les rapports d'audition des enfants T_____ établis dans le cadre de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 23 mars 2007 (LAVI - RS 312.5), un rapport d'enquête en limitation de l'autorité parentale, du

droit de garde et du droit de visite du 20 mars 2006, une note manuscrite de Mme T_____ rapportant un dialogue avec l'un de ses enfants, une note dactylographiée de celle-ci décrivant les faits l'ayant inquiétée et un rapport au juge de paix rédigé par deux psychologues, daté du 26 avril 2006, tous documents fournis par sa mandante.

L'étude tenait compte de l'intérêt des enfants T_____, le but n'étant pas de séparer ces derniers de leur père, mais, si cela devait s'avérer nécessaire au travers des informations mises à la disposition du spécialiste, de permettre de les protéger adéquatement de lui, le temps jugé nécessaire à ce qu'ils puissent le faire eux-mêmes.

Au terme de son analyse, le Dr X_____ concluait que M. T_____ "n'offr[ait] de loin pas toutes les garanties de protection de ses enfants et de capacité à jouer correctement son rôle de père".

Les limites de M. T_____ se situaient sur trois plans distincts et faisaient courir aux enfants un risque concret de passage à l'acte de type incestueux et d'un dérapage certain, potentiellement très nuisible au développement des enfants, lié à l'érotisation manifeste par M. T_____ de châtiments corporels, le tout accru par l'absence de contrôle que ce dernier pourrait un jour avoir sur lui-même dans les deux domaines évoqués ci-dessus.

Le Dr X_____ suggérait fermement que jusqu'à ce que les enfants aient 15 ou 16 ans, une protection lors des visites à leur père soit systématiquement appliquée.

5. Le 25 septembre 2006, M. T_____ a déposé auprès de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (ci-après : la commission) une plainte à l'encontre du Dr X_____.

Il avait pris connaissance de l'expertise effectuée par ce médecin dans le cadre des procédures judiciaires en cours. Ce document l'avait profondément choqué et bouleversé. Il en contestait les affirmations et conclusions.

Ce psychiatre ne l'avait jamais vu. Il s'était basé sur des notes personnelles rédigées vingt ans auparavant dans un cadre psycho-thérapeutique, que son ex-épouse lui avait subtilisées dans un esprit de vengeance. Le Dr X_____ concluait de fait à la suspension d'un droit de visite normal pendant les dix années à venir, vu l'âge des enfants, et cela sans l'avoir rencontré une seule fois.

Ce comportement constituait un agissement professionnel incorrect.

L'expertise litigieuse était susceptible d'entraîner des conséquences désastreuses pour sa personne, dans le cadre des procédures civiles et pénale en cours.

A l'appui de sa dénonciation, M. T_____ a joint divers documents, dont deux rapports d'examens psychiatriques datés des 22 juin et 19 septembre 2006, établis par le Docteur Gérard Salem, psychiatre et psychothérapeute, ainsi qu'une expertise du 11 septembre 2006 du professeur P_____, également psychiatre et psychothérapeute.

Ces praticiens contestaient les conclusions du rapport de M. X_____ et réproouvaient sa méthode d'analyse.

6. Le 19 octobre 2006, M. T_____ a produit devant la commission une expertise judiciaire datée du 2 octobre 2006, établie par le Dr Jean-Marie Chanez, psychiatre et psychothérapeute d'enfants et d'adolescents, à la requête des juges de paix des districts de Nyon et de Rolle, dont les pages 37 à 40 et 43-44 ont été versées à la procédure.

Les pages en question mettent en cause la crédibilité du rapport du Dr X_____ en raison de la méthodologie appliquée et notamment, de l'absence d'audition de M. T_____.

7. Le 4 décembre 2006, le Dr X_____ s'est déterminé devant la commission sur la plainte déposée à son encontre. Il contestait avoir commis une faute.
8. Le 12 décembre 2006, le juge d'instruction du canton de Vaud a rendu une ordonnance de non-lieu suite à la plainte pénale déposée par Mme T_____ à l'encontre de son ex-mari.

Sur les quatre experts consultés, seul le Dr X_____ avait conclu que M. T_____ présentait des traits de nature pédophile. Le contenu de ce rapport était discutable et n'établissait pas que M. T_____ avait commis des actes d'ordre sexuel avec ses enfants.

L'hypothèse d'une infraction n'était ainsi pas retenue.

9. Le 6 février 2008, la commission a entendu les parties en audience de comparution personnelle.
 - a. M. T_____ a exposé que son ex-épouse avait confié ce mandat au Dr X_____ dans un contexte conflictuel entre les ex-époux. Il avait déposé en 2006 une demande auprès de la justice de paix visant à faire respecter la garde conjointe des enfants, prononcée par le juge des mesures provisoires, que sa femme refusait de lui reconnaître.

Finalement, après plusieurs mois de procédure, le service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) lui avait confié la garde de ses enfants à titre provisoire.

Le non-lieu avait été prononcé notamment grâce à l'expertise du Dr Chanez. Le rapport du Dr X_____ avait causé un préjudice durable à sa réputation, car il faisait désormais partie d'un dossier de justice le concernant.

b. Le Dr X_____ a confirmé à cette occasion qu'il détenait la photocopie des carnets de rêves de M. T_____ sur lesquels il s'était notamment fondé pour rédiger l'expertise litigieuse.

10. Le 20 novembre 2009, la commission a communiqué à l'intimé les pages 37 à 40 et 43-44 de l'expertise du Dr Chanez.
11. Suite à ce courrier, le Dr X_____ a prié la commission de lui adresser une copie de l'intégralité de l'expertise précitée, invoquant son droit d'être entendu.
12. Le 7 décembre 2009, la commission a refusé d'accéder à cette demande, alléguant que seules les pages communiquées avaient été versées à la procédure. Les autres étaient couvertes par l'art. 45 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
13. Le 17 décembre 2009, la commission a infligé à M. X_____ un blâme et une amende de CHF 5'000.- en application de l'art. 110 al. 2 et 3 de l'ancienne loi sur les professions de la santé du 11 mai 2001 (aLPS), relevant que la sanction respectait également les conditions de la nouvelle (loi sur la santé du 7 avril 2006, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006 ; LS - K 1 03).

La cause avait été examinée sous l'empire de l'aLPS, les faits incriminés remontant à août 2006.

La méthode de travail adoptée par le Dr X_____ pour l'établissement de son expertise ne respectait pas les règles de l'art et constituait un agissement professionnel incorrect au sens de l'art. 108 aLPS. Tout psychothérapeute ne pouvait ignorer que la réussite d'une thérapie était liée à la possibilité pour le patient de faire apparaître ses fantasmes invouables. Le jugement d'une conduite fondé uniquement sur l'expression de tels rêves et fantasmes, sans discussion avec la personne concernée, était voué à être partiel et potentiellement faux. Ceci était d'autant plus évident lorsque les documents analysés dataient de plus de vingt ans.

Les limites imposées par Mme T_____ au Dr X_____ auraient dû conduire ce dernier à refuser son mandat ou exiger de rencontrer M. T_____. Sans une telle audition, ce médecin ne pouvait poser un diagnostic et prendre des conclusions potentiellement aussi lourdes de conséquences pour M. T_____ (perte du droit de garde, suppression du droit aux relations personnelles avec ses enfants, etc.).

Ce faisant, le Dr X_____ n'avait pas pris le recul nécessaire vis-à-vis de sa patiente.

Lors de l'établissement de son expertise, il avait été informé des procédures judiciaires en cours et savait que son analyse allait être utilisée dans le cadre de celles-ci. Il ne pouvait ainsi prétendre que son analyse était destinée uniquement à éclairer Mme T_____ sur le bien-fondé ou non de ses craintes.

La protection des intérêts de Mme T_____ et des enfants du couple ne justifiait pas la méthode utilisée. Si un danger avait réellement existé, l'expertise n'aurait pas été apte à l'écarter, le fait de dénoncer d'éventuelles tendances incestueuses dans un tel rapport privé ne pouvant assurer la sécurité des enfants. Une saisine du service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) par la mère des enfants était plus apte à assurer cette protection.

En raison du caractère péremptoire des conclusions formulées et des conséquences que celles-ci auraient pu entraîner pour M. T_____ et ses trois enfants, la faute devait être qualifiée de grave. Elle l'était d'autant plus que l'intéressé n'avait jamais fait preuve d'un esprit critique sur son travail dont les conclusions avaient été infirmées par les expertises postérieures et bien que, consécutivement, le SPJ ait décidé de confier provisoirement la garde des enfants à leur père.

14. Par acte du 25 janvier 2010, M. X_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision. Il conclut, à titre principal, à son annulation, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure. Subsidiairement, il sollicite le renvoi de la cause à la commission et demande, plus subsidiairement encore, une réduction de la sanction infligée.

a. La commission n'était pas compétente pour prendre la décision entreprise. En effet, conformément à l'art. 7 de loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006 (LComPS - K 3 03), la commission était habilitée à instruire une cause en vue d'émettre un préavis ou de prendre une décision dans les cas de violations "des dispositions de la LS". Elle ne pouvait se saisir de violations de l'aLPS, même si l'art 34 LComPS lui permettait de se saisir des demandes, plaintes, dénonciations et recours déposés postérieurement à l'entrée en vigueur de la LS. Aucune autorité n'était compétente pour statuer sur une violation de l'aLPS dénoncée postérieurement à l'entrée en vigueur de la LS et de la LComPS. Une éventuelle lacune de la loi à cet égard ne pouvait être comblée, les sanctions devant reposer sur une base légale claire et formelle.

b. De plus, son droit d'être entendu avait été violé. Selon l'art. 44 al. 1 LPA, les parties et leurs mandataires pouvaient consulter les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision. Le refus de l'autorité de lui communiquer l'intégralité de l'expertise établie par le Dr Chanez violait cette disposition, aucun cas de limitation au droit d'être entendu n'étant par ailleurs réalisé (art. 45 LPA).

c. L'agissement professionnel incorrect devait s'examiner, pour les actes thérapeutiques, au regard de l'état actuel des connaissances scientifiques et médicales. Les actes non-thérapeutiques ne pouvaient être qualifiés d'inappropriés que s'ils enfreignaient une interdiction légale ou réglementaire reconnaissable comme telle. En l'espèce, il n'existait aucune norme, directive ou recommandation ayant un caractère impératif, ni aucune jurisprudence administrative ou pratique professionnelle reconnue quant à la méthode de rédaction ou au contenu d'un avis médical dispensé par un médecin. L'exigence d'une audition du sujet expertisé ne figurait nulle part et ne trouvait aucun appui dans le droit positif. L'expertise « à distance » se pratiquait dans la communauté scientifique, comme l'attestaient les avis de deux psychiatres éminemment reconnus, qu'il versait à la procédure.

Les reproches formulés ne reposant sur aucune de base légale, le recourant ne pouvait être sanctionné.

d. Le blâme et l'amende ne pouvaient être cumulés. En effet, la LS, applicable au titre de *lex mitior*, l'interdisait désormais.

e. Enfin, s'il avait commis une faute, la commission n'avait pas tenu compte, dans la fixation de la sanction, de circonstances personnelles atténuantes, telle l'absence de cadre réglementaire défini sur la manière d'établir des avis médicaux à l'égard d'un tiers. Il avait rassemblé toutes les informations qu'il lui avait été possible d'obtenir. Sa méthodologie lui était parue conforme aux règles de l'art, et son opinion était partagée par d'autres spécialistes. Compte tenu des procédures civiles et pénale en cours, son expertise n'était pas à même d'aggraver l'atteinte portée à la réputation de M. T_____. Aucune raison objective ne permettait de douter de la sincérité des motifs invoqués par Mme T_____. Le matériel mis à sa disposition par cette dernière était inquiétant pour la santé des enfants du couple. Il n'avait été animé d'aucun désir personnel de nuire, ni d'aucun intérêt financier. Les avis d'autres praticiens l'avaient conforté dans sa conviction. Son rapport était précis, circonstancié et clair sur les limites imposées à son analyse par sa mandante. Enfin, aucune conséquence dommageable n'était à déplorer pour M. T_____, ni sur le plan moral ni sur le plan patrimonial.

15. La commission s'est déterminée le 26 mars 2010. Elle conclut au rejet du recours.

Sa compétence reposait sur l'art. 34 LComPS.

Le rapport du Dr Chanez portait sur la santé psychique des ex-époux T_____ et de leurs trois enfants. Le contenu de ce document était ainsi, pour une grande part, sans rapport avec le prononcé de la sanction entreprise. Seuls les commentaires du Dr Chanez sur la méthodologie suivie par le Dr X_____ figurant dans ce rapport avaient été considérés comme pertinents pour la procédure disciplinaire. Ces pièces ayant été communiquées au recourant, aucune

violation du droit d'être entendu ne pouvait être retenue. Le reste du rapport du Dr Chanez était couvert par l'art. 45 LPA.

Tout psychiatre devait savoir que l'interprétation de fantasmes et de rêves exprimés dans le cadre d'une psychanalyse n'était pas exploitable en dehors de ce contexte particulier. La mention expresse, dans l'expertise, du contexte « inhabituel » d'une analyse faite en l'absence de l'expertisé et du « caractère limité et ancien du matériel documentaire » n'était pas de nature à atténuer la faute du spécialiste dont les conclusions n'en étaient pas moins péremptoires. L'ancien, comme le nouveau droit, prévoyait le cumul du blâme et de l'amende. La sanction devait ainsi être confirmée, tant dans son principe que dans sa quotité au vu de la faute commise.

16. Le recourant a répliqué le 14 avril 2010. Le 31 mai 2010, l'autorité intimée a dupliqué. Tous deux ont persisté dans leurs conclusions.
17. Le 4 juin 2010, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 17 al. 3 et 63 al. 1 let. a LPA).
2. C'est à juste titre que la commission n'a pas accordé à M. T_____ la qualité de partie, la procédure étant régie par l'ancien droit, à l'exception des règles sur la compétence (voir ci-dessous ; ATA/402/2009 du 25 août 2009).
3. Le Tribunal administratif doit examiner d'office sa compétence.

La LS et la LComPS sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2006. Elles ont institué la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (art. 10 LS et 1^{ss} LComPS). Cette nouvelle commission a repris le contentieux de trois anciennes commissions (commission de surveillance des professions de la santé, commission de surveillance des activités médicales et conseil de surveillance psychiatrique) instituées par des lois disparates aujourd'hui abrogées, dont le contenu matériel a été unifié dans la LS.

L'art. 34 al. 1^{er} LComPS est une disposition transitoire qui prévoit que la nouvelle commission connaît de toutes les demandes, plaintes, dénonciations et recours relevant de la LComPS déposés postérieurement à l'entrée en vigueur de celle-ci, les anciennes commissions restant pour leur part saisies des affaires introduites avant le 1^{er} septembre 2006.

En indiquant que la plainte doit "[relever] de la LComPS", l'art. 34 al. 1^{er} LComPS ne renvoie pas uniquement à la compétence dévolue à la commission par l'art. 1^{er} al. 2 LComPS de statuer sur les infractions fondées sur la LS. Il se réfère également à la compétence générale confiée à cette autorité de veiller, "dans tous les cas", aux droits des patients (art. 34 al. 3 LComPS). Au sens large, cette compétence inclut non seulement les droits des patients au sens strict (art. 42ss LS ; art. 1ss aLRMPS), mais également les infractions fondées sur l'aLPS, commises par des professionnels de la santé avant l'entrée en vigueur de la LS. En effet, l'art. 34 al. 1^{er} LComPS ne règle pas la question du droit de fond applicable au litige. Elle a pour seule fonction d'aménager le transfert des compétences des trois commissions précitées à la commission nouvellement instituée. De nature purement organisationnelle, elle a pour but de régler la litispendance et la distribution des dossiers entre les différentes commissions dans un souci d'efficacité et de respect des droits procéduraux des parties pendant la période de transition (cf. Exposé des motifs du Conseil d'Etat à l'appui du projet de LComPS, Mémorial du Grand Conseil [MGC] 2003-2004/XI A 5745).

L'interprétation que fait le recourant de l'art. 34 LComPS conduirait à amnistier tous les professionnels de la santé ayant commis une infraction avant le 1er septembre 2006 et contre lesquels aucune plainte n'aurait été déposée avant cette date. Une telle conséquence n'a été ni voulue ni envisagée par le législateur, qui a souhaité par cette réforme unifier les procédures et renforcer les droits des patients (Exposés des motifs du Conseil d'Etat à l'appui du projet de la LS, MGC 2003-2004/XI A 5834 et de la LComPS, MGC 2003-2004/XI A 5745).

En application de l'art. 34 LComPS, la commission était compétente pour recevoir et instruire la plainte de M. T_____, déposée après le 1^{er} septembre 2006.

4. Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu au motif que la commission a refusé de lui communiquer l'intégralité de l'expertise établie par le Dr Chanez le 2 octobre 2006.

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 ; Arrêts du Tribunal fédéral 5A.12/2006 du 23 août 2006 consid. 3.1 et les arrêts cités ; 1P.179/2002 du 2 septembre 2002 consid. 2.2 ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 consid. 5b). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41 ss LPA) et le droit administratif spécial (ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (art. 29 al. 2 Cst. ; Arrêt

du Tribunal fédéral 2P.39/2006 du 3 juillet 2006 consid. 3.2 et les arrêts cités ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2e éd., p. 603, n. 1315 ss ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198). Quant à l'art. 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), il n'accorde pas au justiciable de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.206/2005 du 11 novembre 2005 consid. 2.1 et arrêts cités).

Tel qu'il est garanti par l'art. 44 al. 1^{er} LPA et par la disposition constitutionnelle précitée, le droit d'être entendu confère notamment aux parties le droit de consulter les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision et de se prononcer sur celles-ci (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.573/2007 du 23 janvier 2008 consid. 2.3 et les arrêts cités ; ATA/415/2008 du 26 août 2008 consid. 6a et les arrêts cités).

En l'espèce, la commission a considéré que les pages litigieuses n'étaient pas utiles à l'établissement des faits. Elle a donc renoncé à les verser à la procédure. Ce faisant, elle a apprécié librement une preuve offerte, comme le lui permettait l'art. 20 LPA.

Sa décision ne se base que sur les pages 37 à 40, et 43-44 du rapport litigieux. Le recourant a pu se prononcer sur celles-ci, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

Il ne saurait y avoir de violation du droit d'être entendu dans ces circonstances, ni être question d'une restriction au droit de consulter le dossier au sens de l'art. 45 LPA.

Le grief de violation du droit d'être entendu doit ainsi être rejeté.

5. Le recourant considère que son comportement n'est réprimé par aucune disposition légale.

Les sanctions disciplinaires sont subordonnées au respect du principe de la légalité (art 5 al. 1^{er} Cst. ; Arrêt du Tribunal fédéral 8C.596/2009 du 4 novembre 2009 consid. 5 ; ATA/665/2010 du 28 septembre 2010 ; ATA/619/2010 du 7 septembre 2010 et références citées)

Cependant, alors qu'en droit pénal l'adage "nullum crimen sine lege" implique que nul ne peut être puni s'il n'a commis un acte expressément réprimé par la loi, le principe de la légalité s'applique plus souplement, de ce point de vue, au droit disciplinaire (V. MONTANI/C. BARDE, La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire, in RDAF 1996 pp. 345-390, p. 348). Cela est dû au fait qu'il est impossible de décrire les divers manquements possibles aux devoirs de services ou aux règles professionnelles. Selon la doctrine

et la jurisprudence, la loi peut ainsi se passer d'incriminations strictement définies et se contenter par exemple d'un renvoi aux "devoirs de service", aux "obligations professionnelles", ou encore aux "règles de l'art" (V. MONTANI/C. BARDE, *ibidem* et références citées).

6. D'une manière générale, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause, les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (P. MOOR, *Droit administratif*, 2^{ème} éd., Berne 1994, Vol. 1, p. 170, n. 2.5.2.3). En matière de sanction disciplinaire, on applique toutefois le principe de la *lex mitior* lorsque le nouveau droit est plus favorable sous l'angle du comportement incriminé (infraction) ou de la sanction (ATA/234/2009 du 12 mai 2009 ; ATA/560/2010 du 31 août 2010 ; ATA/205/2009 du 28 avril 2009).

Le recourant ayant rendu son rapport litigieux le 29 août 2006, date déterminante pour la commission du manquement reproché, soit trois jours avant l'entrée en vigueur de la LS, l'ancien droit est applicable, sous réserve du principe de la *lex mitior*.

7. Selon l'art. 108 aLPS, les sanctions administratives prévues aux art. 108 et suivants aLPS s'appliquent aux médecins (en relation avec l'art 3 ch. 1^{er} let. a aLPS). Parmi les violations pouvant justifier une sanction, figure "l'agissement professionnel incorrect dûment constaté et qualifié comme tel par la commission" (art. 108 al. 2 let. b aLPS).

La commission a considéré que le jugement d'une conduite fondée uniquement sur l'expression des rêves et de fantasmes, sans discussion avec la personne concernée, était voué à être partiel et potentiellement faux, ce d'autant que les documents analysés dataient de plus de vingt ans. Le recourant soutient que l'exigence d'une audition de l'expertisé ne résulte d'aucune recommandation ou directive rendant la sanction prévisible d'un tel manquement.

Il résulte de l'expertise elle-même que celle-ci a été établie aux fins de donner un avis spécialisé sur la dangerosité physique et psychique de [M. T_____] vis-à-vis de ses enfants "dans le cadre d'une procédure pénale et d'une procédure civile pendantes dans le canton de Vaud à l'encontre de [ce dernier (...)]".

L'avis en question étant clairement et directement destiné à être utilisé à des fins probatoires, les règles applicables à de telles expertises s'appliquent.

8. Selon la jurisprudence constante, un rapport médical a une valeur probante si les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, si le rapport se fonde sur des examens complets, prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, si la description du contexte médical et l'appréciation de la situation

médicale sont claires et enfin si les conclusions de l'expert sont dûment motivées. Au demeurant, l'élément déterminant pour la valeur probante n'est ni l'origine du moyen de preuve ni sa désignation comme rapport ou comme expertise, mais bien son contenu (ATF 125 V 352 consid. 3a ; 122 V 160 consid. 1c et les références ; Arrêt du Tribunal fédéral I.829/02 du 2 mai 2003 c3).

Totalement dépourvu de ces qualités, l'avis du Dr X_____ ne pouvait atteindre son but, soit servir de preuve dans quelque procédure que ce soit et protéger les enfants T_____. Il ne pouvait en conséquence que nuire à l'intégrité de l'intéressé et attenter à la personnalité de celui-ci sans cause légitime.

Le médecin qui, dans le cadre de son activité professionnelle, fait un acte d'une telle nature viole gravement les règles élémentaires de sa profession et commet un agissement professionnel incorrect au sens de l'art. 108 al. 2 let. b aLPS.

9. Le nouveau droit n'en dispose pas autrement. A son art. 40, intitulé "devoirs professionnels", la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007 (LPMéd - RS 811.11) prévoit que les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre indépendant doivent notamment exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle (let. a).

Tel n'est pas le cas d'un expert qui établit une expertise à des fins probatoires sans respecter les règles tirées de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, dont il ne pouvait ignorer l'existence dès lors que celles-ci régissent son activité de médecin spécialiste.

10. Le comportement incriminé viole ainsi tant l'ancien que le nouveau droit (art. 108 al. 2 let. a aLPS et 40 let. a LPMéd).

Cette violation doit être qualifiée de grave.

La sanction sera ainsi confirmée quant à son principe.

11. Le recourant conteste le cumul du blâme et de l'amende.

En application du principe de la lex mitior, le droit le plus favorable à la personne incriminée doit être recherché.

Selon l'ancien droit, l'amende pouvait être cumulée avec le blâme (art. 110 al. 3 aLPS).

La LS est moins explicite à ce sujet. Elle prévoit la possibilité pour la commission de prononcer l'avertissement, le blâme et une amende jusqu'à CHF 20'000.-, sans que l'on puisse déterminer clairement le caractère cumulatif ou

alternatif de ces sanctions (art. 127 al. 1^{er} let. a). La LComPS, qui est de même rang, précise cependant cette compétence et indique que la commission peut prononcer un avertissement, un blâme "et/ou" une amende.

12. Cette disposition heurte toutefois le droit fédéral postérieur. En effet, selon l'art. 43 LPMéd, en cas de violation des devoirs professionnels au sens de l'art. 40 LPMéd ou de ses dispositions d'exécution, l'autorité de surveillance peut prononcer un avertissement (let. a), un blâme (let. b), une amende de CHF 20'000.- au plus (let. c), une interdiction de pratiquer à titre indépendant pendant six ans au plus (interdiction temporaire ; let. d) ou une interdiction définitive de pratiquer à titre indépendant pour tout ou partie du champ d'activité (let. e).

L'amende peut être prononcée en plus de l'interdiction de pratiquer à titre indépendant (art. 43 al. 3 LPMéd).

Interprétée a contrario, cette dernière disposition exclut le cumul de l'amende et d'une autre sanction disciplinaire, telle le blâme.

13. Certes, selon l'art. 67 LPMéd, les mesures disciplinaires prévues à l'art. 43 ne s'appliquent pas aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la [LPMéd] (al. 1^{er} ; avec une exception pour l'interdiction temporaire ou définitive de pratiquer).

Cette disposition ne saurait toutefois être interprétée comme l'expression d'une volonté de déroger au principe de la lex mitior, au détriment des professionnels régis par cette loi. L'art. 67 al. 2 LPMéd exprime la préoccupation du législateur fédéral, dans l'usage étendu d'une compétence dont il a fait nouvellement usage à cette occasion et pouvant entrer en conflit avec les droits cantonaux, de garantir aux professionnels concernés, soumis jusqu'ici à la surveillance des cantons, l'absence d'une rétroactivité à leur détriment, sauf intérêt public prépondérant en cas de faute professionnelle d'une gravité telle qu'elle conduise à un retrait du droit de pratique (Message du Conseil fédéral concernant la LPMéd du 3 décembre 2004, FF 2005 I 157, p. 223).

En l'espèce, ce dernier cas de figure n'étant pas réalisé et la loi fédérale étant plus favorable au recourant, la LPMéd s'applique au titre de lex mitior.

Le recours sera dès lors admis sur ce point, dans le sens où une seule des deux sanctions pourra être confirmée.

14. La quotité de la sanction est gouvernée par le principe de la proportionnalité qui exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. Ce principe interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable

entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c p. 222 et les réf. citées).

En matière disciplinaire, la sanction n'est pas destinée à punir la personne en cause pour la faute commise ; elle vise à assurer, par une mesure de coercition administrative, le bon fonctionnement du corps social auquel l'intéressée appartient. C'est à cet objectif que doit être adaptée la sanction. (ACOM/24/2007 du 26 mars 2007 ; G. BOINAY, Le droit disciplinaire de la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse, in Revue Jurassienne de Jurisprudence [RJJ], 1998, p. 62 ss). Le choix de la nature et de la quotité de la sanction doit être approprié au genre et à la gravité des violations des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des intérêts publics recherchée. L'autorité doit tenir compte en premier lieu des éléments objectifs (gravité des violations commises), puis des facteurs subjectifs, tels que les mobiles et les antécédents de l'intéressé. Enfin, elle doit prendre en considération les effets de la mesure sur la situation particulière du recourant.

En l'espèce, compte tenu de la gravité de la faute, les sanctions prononcées sont extrêmement clémentes, même en tenant compte, à l'avantage du recourant des circonstances personnelles invoquées. A cet égard, il est frappant de constater que M. X_____ ne s'est pas interrogé, ne serait-ce qu'une fois dans la procédure, sur sa façon de travailler. Il n'a cessé de vanter la qualité de son travail, de ses méthodes et de ses expertises, alors même que son comportement viole les règles élémentaires de sa profession. Il ne s'est pas davantage excusé envers M. T_____ pour les blessures morales que son expertise lui a causées.

Les deux sanctions ne pouvant cependant être cumulées et la réformatio in peius de la décision n'étant pas possible (art. 69 al. 1^{er} LPA), le Tribunal se bornera à confirmer le blâme.

15. Au vu des motifs qui précèdent, le recours sera partiellement admis et l'amende annulée.

Vu cette issue, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant. Aucune indemnité ne lui sera par ailleurs allouée, l'annulation partielle de la décision n'étant pas due à une mauvaise appréciation de la faute par l'autorité intimée mais à une erreur de droit sur les conséquences à lui donner (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 janvier 2010 par Monsieur X_____ contre la décision de la commission de surveillance des professions de la santé et des patients du 17 décembre 2009 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

confirme la décision en ce qu'elle inflige un blâme au recourant ;

l'annule pour le surplus ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge du recourant ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

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 Raphaël Treuillaud, avocat du recourant, ainsi qu'à la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :