

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/5098/2007-DES

ATA/204/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 avril 2009

dans la cause

Docteur X_____

représenté par Me Philippe Amsler, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE LA SANTÉ

et

Madame M_____

représentée par Me Bogdan Prensilevich, avocat

EN FAIT

1. Le Docteur X_____ exerce la profession de médecin-dentiste à Genève.
2. a. Le 15 avril 2005, Madame M_____, née en 1973, a saisi le président du département de l'action sociale et de la santé, devenu depuis lors le département de l'économie et de la santé (ci-après : le département ou DES) d'une plainte à l'encontre du Dr X_____.

Elle s'était adressée en urgence à celui-ci, le 18 juin 2004, afin de reconstituer l'angle d'une dent de devant, brisée par un verre quelques jours auparavant. Au lieu de procéder au traitement sollicité, le Dr X_____ avait scié les quatre dents du devant de sa mâchoire supérieure ainsi que cinq dents du devant de sa mâchoire inférieure. A aucun moment il n'avait cherché à s'assurer de son consentement. Il s'était contenté de lui dire « je vais vous faire une jolie chose ». Or, elle s'était retrouvée avec des dents sciées de manière définitive, sur plus de 25% de leur longueur. Outre la douleur psychique éprouvée en se découvrant méconnaissable et défigurée, elle ressentait une douleur aiguë lors de la mastication.

Suite à cette intervention, elle était retournée voir le Dr X_____ pour qu'il soulage la douleur, corrige et restaure les dents qu'il avait détruites. Toutefois, les dents sciées ne pouvant être rafistolées et nécessitant une prise en charge lourde et très coûteuse, le Dr X_____ avait rapidement cessé de s'occuper d'elle, non sans lui avoir demandé le paiement de ses honoraires. Elle s'était dès lors tournée auprès d'autres médecins. Elle avait demandé son dossier médical mais l'assistante dentaire lui avait déclaré que celui-ci avait été détruit. Le 25 novembre 2004, elle avait écrit au Dr X_____ pour lui faire part de ses griefs et lui demander de faire face à ses responsabilités. Par courriers des 10 mars et 7 avril 2005, elle l'avait sommé de lui remettre son dossier médical. Ses courriers étaient restés sans réponse.

- b. Cette plainte a été transmise à la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (ci-après : la commission) pour raison de compétence.
3. La sous-commission C, chargée de la surveillance des médecins-dentistes, s'est adressée au Dr X_____ les 13 mai et 2 septembre 2005, pour permettre à ce dernier de se déterminer sur les faits reprochés, sans résultat.
4. Une comparution personnelle a eu lieu devant la sous-commission le 2 novembre 2005.

A cette occasion, le Dr X_____ a produit le dossier médical de Mme M_____. Il a expliqué qu'au mois de novembre 2004, il se trouvait en voyage et que, par la suite, il avait été en arrêt de travail pour une période de six mois, suite à un accident. Il a remis des certificats médicaux. S'agissant des faits reprochés, la patiente était venue le voir le 18 juin 2004. En fait, Mme M_____ avait un rendez-vous avec l'hygiéniste mais il l'avait vu ce jour-là. L'email de la dent n° 11 partait. Il avait donc reconstitué cette dent et avait vérifié l'équilibrage des dents. Il avait poli les dents du bas et du haut. Le 24 juin 2004, il avait revu la patiente, après avoir insisté sur le fait qu'elle devait porter la gouttière prescrite en 2001 pour suivre un traitement orthodontique. Ce jour-là, il avait retouché la dent n° 11 et procédé à la reconstruction de l'angle du bord incisal de la dent n° 21 car la patiente n'était pas tout-à-fait satisfaite du résultat. Le 5 juillet 2004, il avait encore passé beaucoup de temps à refaire le bord incisif des dents inférieures n^{os} 31 et 41. Par la même occasion, il avait fermé le diastème.

De son côté, Mme M_____ a indiqué qu'elle était passée au cabinet du Dr X_____ le 5 juillet 2004 pour réclamer son dossier médical, suite à une consultation. L'assistante lui avait répondu que celui-ci avait été détruit. Concernant le traitement incriminé, elle était venue au cabinet pour faire reconstituer l'angle d'une incisive supérieure qui avait été cassé. Elle avait rendez-vous avec l'hygiéniste dentaire et le docteur. Lorsqu'elle avait vu le Dr X_____, il lui avait dit qu'elle avait un email fragile mais qu'il allait faire une belle chose. Une fois les tuyaux dans sa bouche, le docteur avait commencé à scier ses dents supérieures et inférieures. Il était intervenu sur plusieurs dents. Elle n'imaginait pas à quel point il avait diminué ses dents car elle ne voyait pas ce qu'il faisait. A la fin du travail, elle s'était manifestée, soit après le traitement de dix dents, étant précisé que le meulage avait duré plus d'une heure. A aucun moment le Dr X_____ ne lui avait dit qu'il allait diminuer la longueur de ses dents. Dès la fin de la prise en charge, elle lui avait dit qu'elle ne pouvait pas rester avec une dentition pareille. Un rendez-vous avait été agendé au 26 juin 2004 pour fixer la gouttière, mais, comme elle ressentait des douleurs, elle avait obtenu un rendez-vous en urgence pour le 24 juin 2004. Ce jour-là, le Dr X_____ était intervenu sur les deux incisives supérieures (dents n^{os} 11 et 21) et le rendez-vous avait duré plus de trois heures. Lorsqu'elle était revenue le 26 juin 2004, le docteur était débordé et il lui avait demandé si elle avait la gouttière. Or, elle n'était pas venue pour cela. Le 5 juillet 2004, elle était venue pour rallonger les dents du bas (dents n^{os} 31 et 41). Malheureusement, le Dr X_____ avait uniquement ajouté de la laque sur les incisives inférieures, ce qui avait rendu la gouttière inutilisable. Elle voulait prendre un autre rendez-vous mais le Dr X_____ n'avait pas accepté. Il lui avait conseillé d'attendre de recevoir ses honoraires. Par la suite, elle avait consulté le Docteur B_____, qui avait rallongé les incisives du bas.

Elle éprouvait toujours de grandes douleurs qui n'étaient pas seulement liées à la mastication. Un tiers de la longueur des incisives inférieures et supérieures avait été meulé, non seulement dans la longueur mais également dans la largeur, engendrant des espaces interdentaires.

Le Dr X_____ a contesté les propos de Mme M_____. Le 18 juin 2004, la patiente avait un miroir dans les mains et elle avait pu suivre le traitement. Comme elle n'avait pas été satisfaite du résultat, il n'avait pas facturé son travail. Il l'avait revue le 24 du même mois. Le 26 juin 2004, il lui avait demandé si elle avait amené la gouttière. Cela n'étant pas le cas, il s'était contenté de procéder à un contrôle et de fixer un autre rendez-vous. Le 5 juillet 2004, Mme M_____ avait été satisfaite des travaux effectués dans l'intervalle, mais souhaitait que l'on s'occupe de ses dents n^{os} 43, 42 et 32. Il lui avait dès lors proposé de lui envoyer un devis et avait mentionné qu'il lui ferait parvenir une facture pour les travaux déjà effectués.

5. Le 8 juin 2006, sur demande de la sous-commission, le Dr B_____ a indiqué avoir reçu le 20 juillet 2004 Mme M_____ qui se plaignait d'une perte de contact au niveau des incisives. A l'examen, les dents n^{os} 31, 32, 41 et 42 présentaient une béance d'environ 1 mm, les surfaces occlusales apparaissant fraîchement meulées. Il avait donc procédé à la reconstruction de ces dents à l'aide de composite. Il n'avait pas revu la patiente depuis. Le Dr B_____ a transmis le dossier médical de Mme M_____.
6. Le 8 mars 2007, le Dr X_____ s'est déterminé sur la plainte de Mme M_____. Les faits allégués par cette dernière étaient en décalage total avec la réalité. Il sollicitait l'audition de son assistante, Madame V_____.
7. Parallèlement à cette procédure, Mme M_____ a déposé le 7 août 2006, par devant le Tribunal de première instance (ci-après : TPI), une demande en paiement par laquelle elle réclamait au Dr X_____ le versement de CHF 90'000.-, plus intérêts à 5% dès le 19 juin 2004.
8. Par décision du 20 novembre 2007, le département, reprenant les termes du préavis de la commission du 23 août 2007, a constaté que les droits de patiente de Mme M_____ avaient été violés. Cette décision a été notifiée au Dr X_____ et à Mme M_____.

Le Dr X_____ n'avait pas rapporté la preuve que la patiente avait accepté le meulage de ses dents. En particulier, le dossier médical de ce dentiste ne contenait aucune mention d'une quelconque information donnée à la patiente et, en conséquence, du consentement qu'elle aurait pu donner. Or, le traitement entrepris nécessitait que la patiente y consente expressément. Par ailleurs, le Dr X_____ n'avait produit le dossier médical que lors de la comparution personnelle du 2 novembre 2005, alors que l'accès à celui-ci avait été sollicité à

plusieurs reprises, en vain. Un délai de huit mois pour produire un dossier médical était trop long et violait les droits des patients. Compte tenu des griefs formulés par la patiente et de la situation actuelle, une injonction n'était pas à même de rétablir une situation conforme aux droits de Mme M_____. Dès lors, la seule satisfaction qui pouvait lui être accordée était la constatation que ses droits de patiente, au sens de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (ci-après : loi K 1 80), avaient été violés.

9. Le 21 décembre 2007, le Dr X_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision en concluant à son annulation et à la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur la demande en paiement.

Il avait été empêché de remettre le dossier médical à sa patiente en raison de son absence de Suisse à la fin de l'année 2004 et de son incapacité de travail jusqu'en septembre 2005 suite à un accident de voiture. Depuis, le dossier avait pu être produit et le département avait constaté à juste titre qu'il n'y avait plus lieu de prononcer une injonction à ce sujet.

Il avait déjà traité Mme M_____ entre le 23 janvier et le 14 novembre 2001. A cette occasion, il avait effectué une orthopantomographie de la dentition de cette patiente et avait diagnostiqué une occlusion croisée des mâchoires, soit un déplacement vers la droite de sa mandibule inférieure. De plus, les dents de Mme M_____ étaient fragiles et sensibles, par endroits même endommagées et usées, en raison de la malocclusion précitée. A cette époque, il avait expliqué à sa patiente que la malocclusion devait être corrigée par un traitement orthodontique et que, dans l'intervalle, le port d'une gouttière de relaxation permettrait de réduire les dégâts subis par sa dentition. Une gouttière avait été alors confectionnée.

Le 18 juin 2004, il avait constaté qu'une incisive supérieure était cassée et, de manière générale, que la dentition de Mme M_____ s'était détériorée depuis la dernière consultation en novembre 2001. Il l'avait alors informée de l'état alarmant de sa dentition qui était désormais très fragile et endommagée à cause de la malocclusion. Connaissant l'état médico-dentaire de sa patiente et soucieux de la préserver des rayons X, il n'avait pas effectué de nouvelles radiographies, inutiles à ce stade du traitement. Mme M_____ avait alors exprimé le souhait qu'il répare les dents cassées et rende la dentition plus régulière afin d'en améliorer l'esthétique. Ces traitements, comme ceux de 2001, avaient le même objectif, soit réparer les dégâts causés par la malocclusion. En présence de son assistante, Mme V_____, il avait expliqué en détail dans quelle mesure il pouvait réparer la dent cassée et égaliser la dentition pour la rendre plus harmonieuse. Outre la réparation des dents cassées, le traitement était essentiellement esthétique mais pouvait néanmoins soulager les pressions subies par les dents. Il s'était assuré de l'accord de sa patiente, en lui précisant qu'elle pourrait suivre le

traitement au moyen d'un miroir. Mme M_____ avait accepté le traitement proposé. Il avait uniquement réparé la dent cassée (incisive n° 11) et poli les incisives supérieures n^{os} 11 et 21 ainsi que les canines n^{os} 13 et 23 afin d'équilibrer la dentition. Il interrogeait régulièrement sa patiente pour déterminer si le polissage effectué lui convenait ou si elle désirait qu'il égalise davantage sa dentition. Mme M_____, qui n'était pas anesthésiée, suivait l'évolution du traitement convenu effectué selon ses instructions. Elle avait d'ailleurs demandé que les angles de ses dents soient rendus carrés et non arrondis. Le 24 juin 2004, Mme M_____ l'avait prié de polir davantage ses incisives supérieures pour régulariser encore sa dentition. Toujours à l'aide d'un miroir, celle-ci avait suivi son travail. Le 29 juin 2004, il l'avait reçue pour un contrôle. Elle s'était alors déclarée très satisfaite du travail effectué sur ses incisives supérieures et avait pris rendez-vous pour le 5 juillet 2004 afin qu'il effectue un travail similaire sur ses dents inférieures. Ce jour-ci il avait procédé à un léger « polissage recourant » des incisives inférieures (n^{os} 31 et 41) pour les régulariser et avait appliqué une laque sur ces dents (« traitement bounding »). Là encore, Mme M_____ avait suivi son travail à l'aide d'un miroir. Il avait ainsi uniquement poli les incisives supérieures et inférieures et les canines supérieures de Mme M_____, mais ne les avait jamais meulées. Seules ces six dents avaient été traitées et non neuf, comme l'affirmait la patiente.

Suite à ce traitement, achevé le 5 juillet 2004, Mme M_____ lui avait demandé un traitement plus approfondi de ses incisives inférieures. Il avait proposé de lui envoyer sa facture pour les travaux déjà accomplis avec un devis pour le travail supplémentaire demandé.

Le 25 novembre 2004 Mme M_____ lui avait fait part de son mécontentement. Elle n'établissait toutefois pas que les interventions dont elle se plaignait aient été effectuées par lui-même. Il n'avait pu remettre le dossier médical à sa patiente et répondre à ses griefs car il avait été absent de Suisse à la fin de l'année 2004, puis en arrêt de travail, suite à un grave accident de voiture en janvier 2005, jusqu'au mois de septembre 2005. Il n'avait donc pas agi à dessein mais s'était trouvé empêché, ce qui n'était pas constitutif d'une violation de la loi. Il avait proposé à la sous-commission d'entendre son assistante médicale. En refusant cette offre de preuve, propre à établir un fait pertinent et contesté, l'autorité avait violé de manière flagrante son droit d'être entendu. La décision devait dès lors être annulée.

Dans la pratique médicale actuelle, l'orientation du patient sur un traitement proposé et le consentement de celui-ci faisaient en principe l'objet d'un entretien oral qui n'avait pas à être protocolé formellement dans le dossier. En retenant l'absence de consentement éclairé relatif à un traitement impliquant un meulage, au seul motif qu'aucune mention correspondante ne figurait au dossier et sans entendre, alors qu'il l'avait sollicité, le témoin des scènes contestées, l'autorité

avait procédé à une appréciation arbitraire des faits. En l'occurrence, il avait très précisément informé sa patiente de l'état de sa dentition, des perspectives d'évolution future, avec ou sans les interventions qu'il proposait, ainsi que des coûts y relatifs. La patiente, qui avait été suffisamment informée de tous les éléments, avait donc valablement consenti aux actes médicaux proposés. De plus, il l'avait constamment consultée durant les traitements dont elle suivait l'évolution au moyen d'un miroir. Elle n'avait jamais retiré son consentement en demandant d'interrompre l'intervention. Même en l'absence de preuve établissant le consentement éclairé et effectif de la patiente, l'existence de celui-ci devait être admise par application de la théorie du consentement hypothétique. Confrontée à des circonstances similaires en 2001, Mme M_____ avait accepté un traitement identique qu'il lui avait proposé. Le résultat du travail effectué avait assurément donné satisfaction à la patiente, qui s'était à nouveau adressée à lui en 2004.

Par ailleurs, Mme M_____ n'avait pas démontré en quoi il aurait violé son obligation de bonne et fidèle exécution en ne respectant pas les règles de l'art applicables. Les quatre médecins entendus lors de la procédure civile avaient pu constater l'usure précoce de la dentition de l'intéressée ainsi que le fait que cette dernière ne pouvait se plaindre d'aucune malfaçon. Les interventions médicales auxquelles il avait procédé avaient été faites conformément aux instructions de la patiente et dans le respect des règles de l'art. Il n'avait dès lors commis aucune faute.

10. Le 28 février 2008, le département s'est opposé au recours et à toute suspension de procédure.

Le Dr X_____ avait entrepris le meulage des dents de Mme M_____ sans son consentement. Ce n'était donc pas une faute technique qui lui était reprochée mais bien une violation de ses obligations dans ses relations avec sa patiente. La commission avait renoncé à l'audition de Mme V_____, qui était une employée du Dr X_____ et qui, de ce fait, n'aurait pas pu être entendue en qualité de témoin mais à titre de renseignements. De plus, vu la relation employeur-employée les liant, de tels renseignements n'auraient pu être recueillis qu'avec précaution. Le Dr X_____ avait entrepris un travail d'une certaine envergure sur les dents de Mme M_____, ce que confirmait la longueur du traitement effectué lors des consultations des 18 et 24 juin 2004.

Même si le Dr X_____ était dans l'impossibilité de remettre personnellement le dossier médical à Mme M_____, il bénéficiait de l'aide d'auxiliaires au sein de son cabinet, auxquelles il aurait pu facilement déléguer cette mission. Il n'était ainsi pas admissible qu'aucune réponse n'ait été apportée à Mme M_____ suite à ses demandes.

11. A la même date, Mme M_____ a répondu au recours. Elle a repris les arguments énoncés dans sa plainte.

Pour le surplus, il appartenait au Dr X_____ de s'organiser de manière à pouvoir lui remettre une copie du dossier médical dans un délai raisonnable. En mettant près d'un an pour produire le dossier, il avait fait preuve d'une négligence inexcusable.

S'agissant du grief de la violation du droit d'être entendu, compte tenu des éléments en possession de la commission, la responsabilité du recourant apparaissait fermement établie. Ce n'était pas le traitement prescrit et administré contre la malocclusion depuis 2001 qui était en cause, mais l'égalisation dramatique des dents en date du 18 juin 2004 et l'arrondi des angles qu'elle n'avait jamais demandé ou accepté. Le Dr X_____ devait donc établir le consentement éclairé à un tel acte de la part d'une patiente se présentant en urgence pour réparer l'angle d'une incisive cassée accidentellement. Compte tenu de ce contexte, le recourant aurait dû faire preuve de diligence et veiller à ce que sa patiente soit bien informée et accepte les conséquences d'une intervention à laquelle elle ne pouvait absolument pas s'attendre. La preuve d'un tel consentement n'ayant pas été rapportée, ni devant la commission, ni dans le cadre de la procédure civile, la décision attaquée devait être confirmée sans qu'il ne se justifie d'attendre les résultats de la procédure civile.

12. Le 28 avril 2008, le juge délégué a procédé à une audience de comparution personnelle des parties. A cette occasion, les parties ont exprimé leur accord pour que les écritures et les pièces de la procédure civile soient versées au dossier administratif et les procès-verbaux établis par le juge civil repris sans autre dans la présente procédure.

Le Dr X_____ a encore précisé, que s'agissant de la transmission du dossier de Mme M_____, lors de son voyage à la fin de l'année 2004, son assistante travaillait au cabinet et s'occupait du courrier. La première demande visant à obtenir le dossier était parvenue à cette période mais il n'y avait pas donné suite car il pensait revoir Mme M_____. Il savait que sa patiente voulait son dossier pour pouvoir obtenir d'autres devis concernant les dents du bas. Il avait pensé que cela ne présentait pas un caractère d'urgence. Malheureusement, il avait eu un accident après Noël et avait dû fermer son cabinet pendant plusieurs mois. Le dossier contenait des documents sur l'ordinateur qu'il fallait rechercher et imprimer. Pour lui, ce n'était pas une priorité. Pendant sa longue absence, ses patients avaient été informés qu'ils pouvaient consulter d'autres praticiens. De plus, sa femme ou son assistante étaient passées pour relever le courrier.

Il avait réparé la dent cassée et égalisé les autres dents sans enlever de la matière de façon notable. Ces ajustements avaient été rendus nécessaires par les problèmes de malocclusion. La diminution se chiffrait en dixième de millimètres. Mme M_____ souffrait d'une occlusion en « bouledog », ce qui entraînait une usure des dents et des petits morceaux partaient en cas de stress, grincement, etc. Un gros morceau était parti lors de la cassure.

Mme M_____ a maintenu que les dents de devant, tant supérieures qu'inférieures, avaient été raccourcies de plusieurs millimètres. Elle avait uniquement demandé au Dr X_____ de réparer en urgence la dent cassée. Au lieu de cela, il avait diminué la hauteur des autres dents, supérieures et inférieures, pour les égaliser. Il lui avait expliqué que ses dents se touchaient et qu'elles risquaient de s'user à la longue. Elle s'était retrouvée avec des dents trop courtes, qui ne lui permettaient toujours pas de manger certains aliments. De plus, elle avait des douleurs nuit et jour, même sans manger.

Le Dr X_____ a encore déclaré que les dents du bas de Mme M_____ étaient plus courtes aujourd'hui que lorsqu'elle était sortie de chez lui pour la dernière fois, le 24 août 2004.

13. Suite à l'audience de comparution personnelle et à la levée de leur secret professionnel à l'égard du tribunal de céans, les dentistes consultés par Mme M_____, à savoir les Docteurs B_____, P_____, O_____, J_____ et R_____ ont transmis les dossiers dentaires de Mme M_____.
14. Le 22 août 2008, le département a indiqué ne pas avoir d'observation particulière à formuler sur les documents produits par les différents médecins-dentistes. En revanche, l'audition du Dr B_____ devant le TPI confirmait que des incisives avaient bien été meulées par le Dr X_____.

Par ailleurs, selon les renseignements obtenus auprès du médecin cantonal délégué, il n'existait pas de directive concernant le sort des dossiers médicaux d'un professionnel de la santé pendant une absence prolongée de celui-ci. Il incombait cependant au praticien concerné de prendre les dispositions nécessaires pour que les patients puissent avoir accès à leur dossier médical respectif.

15. Le Dr X_____ s'est déterminé le 29 août 2008 sur les dossiers des médecins-dentistes. Aucun reproche concernant l'adéquation et la qualité des soins dispensés n'était formulé et aucune indication n'apparaissait sur la question du consentement de la plaignante au traitement prodigué.

Les dossiers et observations produits démontraient que Mme M_____ était une patiente difficile, se plaignant des prises en charge effectuées par plusieurs praticiens, sans les nommer. Elle avait uniquement sollicité un traitement esthétique, ce qui était impossible. Mme M_____ avait encore réglé ses honoraires sans élever la moindre objection et avait souhaité la poursuite du traitement avec lui, après avoir consulté le Dr B_____ et un autre dentiste, au moins. Elle avait d'ailleurs consulté au moins six dentistes avant de porter plainte. Mme M_____ désirait s'offrir le traitement esthétique le plus onéreux alors même qu'elle bénéficiait d'un rabais social de 20% sur les traitements dentaires dispensés par la section de médecine dentaire de l'université. Dans ce but, elle avait expressément demandé au Dr J_____ d'établir un devis au plafond

maximum du tarif en privé. Enfin, elle n'avait pas entrepris le traitement nécessaire de sa malocclusion (orthodontie), lequel était pourtant recommandé par tous les médecins-dentistes consultés. Ces praticiens, de même que la section de médecine dentaire de l'université, étaient tous restés sans nouvelle de la plaignante.

16. Le 29 août 2008, Mme M_____ a également déposé ses observations. Les dossiers médicaux produits étaient sommaires mais confirmaient, dans leur ensemble, ses allégués.

17. Il ressort des pièces de la procédure civile remises par les parties, les faits suivants :

a. Les 17 septembre, 8 octobre et 12 novembre 2007, le TPI a notamment entendu les témoignages suivants :

- Le Dr B_____ a déclaré que Mme M_____ était venue en se plaignant de douleurs et d'une perte de la dimension verticale de ses incisives antérieures. Il avait constaté la perte d'une certaine hauteur et de l'émail au niveau de l'occlusion de la surface sur les quatre incisives. Une telle usure était fréquente chez les personnes âgées mais la patiente était trop jeune pour que cela soit son cas. Il avait effectué une réparation provisoire en mettant des composites de résine sur la partie manquante de la dent pour la rallonger. La patiente n'était plus revenue.

- Le Dr O_____ a confirmé avoir été consulté par Mme M_____, le 21 février 2005, pour un problème d'esthétique antérieur auquel il n'avait pas pu répondre. Il lui avait conseillé de se rendre à la section de médecine dentaire de l'université. Il avait fait un examen très rapide et n'avait pas établi de plan de traitement. La patiente n'était pas satisfaite de son aspect esthétique. Elle avait déjà consulté plusieurs dentistes et lui avait été adressée par une consœur. Il n'avait pas noté de plainte de douleur et n'en avait pas le souvenir. En fait, il avait constaté l'usure sévère de l'émail sur les dents n^{os} 11 et 21. Il devait y avoir de l'usure sur d'autres dents mais ne l'avait pas noté. Par expérience, lorsqu'il y avait usure, le patient pouvait ressentir des douleurs qui étaient normalement généralisées. Il s'était demandé si cette usure provenait d'un régime mais il s'agissait d'une hypothèse formulée sans avoir fait d'anamnèse ;

- Le Dr J_____ avait été consulté par Mme M_____ le 28 février 2005. Elle se plaignait d'un traitement antérieur effectué par un de ses confrères. Elle considérait le résultat inesthétique. Il n'avait pas constaté de malfaçon dans le traitement antérieur. Elle lui avait transmis un devis du 14 septembre 2004 ainsi qu'une note du 3 août 2004. Elle se plaignait de la longueur des dents supérieures et inférieures, soit des dents antérieures n^{os} 11, 21, 31 et 41. Il n'avait pas le moyen de savoir si les dents de Mme M_____ étaient plus longues avant le traitement ou pas. Pour lui, il n'y avait rien de choquant. Il avait constaté que les

dents du bas avaient été touchées sur leur hauteur, par un meulage. Il n'avait pas l'empreinte des dents de la patiente avant cette intervention. L'état de l'émail de ces quatre dents était le résultat du traitement et non pas de l'usure. Un demi-millimètre ou un millimètre de résine avait été posé sur les dents n^{os} 32, 31, 41 et 42. Ces quatre dents ne présentaient pas de sensibilité ni de carie, elles étaient en ordre ;

- Le Dr R_____ avait vu Mme M_____ le 16 mars 2005. Il avait noté que celle-ci était en litige avec son dentiste et qu'elle demandait une expertise. Il l'avait informée qu'il n'était pas habilité à donner son avis sur ce problème ;

- Madame Y_____, hygiéniste dentaire du Dr X_____, avait procédé au détartrage de Mme M_____ en 2004. Elle ne se souvenait pas exactement pourquoi la patiente était venue consulter et avait uniquement procédé au détartrage. Le reste du suivi avait été fait par le Dr X_____ ;

- Mme V_____, assistante dentaire du Dr X_____ depuis 2001, a confirmé que Mme M_____ présentait une usure dentaire accrue et une mauvaise occlusion qui avait été constatée en 2001. Elle ne savait pas si l'usure s'était aggravée en 2004. A son souvenir, il n'y avait pas eu de meulage des dents ni en 2001, ni en 2004. Le travail était surtout esthétique. Il fallait réparer une dent cassée et procéder à des composites pour redonner une meilleure forme aux dents.

En 2004, elle avait assisté à un entretien lors duquel le Dr X_____ avait expliqué à Mme M_____ que l'idéal était de porter la gouttière et, à plus long terme, de procéder à un traitement d'orthodontie. Suite à cette conversation, le traitement avait été proposé et accepté par la patiente. Mme M_____ avait pu observer le travail pendant le traitement avec un miroir, conformément à la pratique du cabinet. En fait, c'était plutôt à la demande du patient qu'un miroir était proposé. Il lui semblait qu'après ce traitement la patiente était satisfaite. En tout cas, elle n'avait pas le souvenir d'une mauvaise réaction de la part de celle-ci. Les traitements de 2001 et de 2004 avaient été exécutés dans le même ordre d'idée, soit réparer la mauvaise occlusion.

Mme V_____ a précisé ne pas pouvoir situer exactement la date du rendez-vous au cours duquel le Dr X_____ avait expliqué le traitement à la patiente. Elle ne savait pas, lorsque Mme M_____ s'était présentée en urgence, quelle avait été sa demande exacte. Présente lors de l'intervention, elle ne se souvenait pas s'il y avait eu une séance pour la dent cassée et, ensuite, le polissage ou si le traitement avait été fait en même temps.

b. Par jugement du 24 avril 2008, le TPI a condamné le Dr X_____ à payer à Mme M_____ la somme de CHF 4'877,40 avec intérêts à 5% dès le 5 août 2005. Les enquêtes et les pièces produites ne permettaient pas d'établir une quelconque violation des règles de l'art lors du traitement prodigué par le Dr X_____. En

revanche, la preuve d'un consentement éclairé de la patiente à l'intervention n'avait pas été apportée. Le Dr X_____ n'avait fourni aucun élément permettant de retenir que sa patiente aurait de toute façon accepté l'intervention litigieuse si elle avait été dûment informée. On ne saurait donc pas non plus admettre le consentement hypothétique de Mme M_____ à l'intervention litigieuse.

c. Mme M_____ a fait appel de ce jugement le 5 juin 2008.

d. Le Dr X_____ a répondu à l'appel et formé un appel incident le 12 septembre 2008.

18. Par arrêt du 20 février 2009, la Cour de Justice a confirmé le jugement du TPI.

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 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le recourant invoque la violation de son droit d'être entendu, la sous-commission ayant refusé d'entendre son assistante.

3. 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 notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/134/2008 du 18 mars 2008 et les réf. citées).

4. Le recourant a pu s'exprimer sur les faits allégués par l'intimée lors de l'audience du 2 novembre 2005 devant la sous-commission. A cette occasion, il a remis le dossier médical en sa possession. Il a également pu se déterminer par écrit le 8 mars 2007. La sous-commission n'a pas procédé à l'audition de l'assistante dentaire du recourant. Toutefois, le témoignage d'un employé doit être

apprécié avec réserve en raison du lien de subordination qui existe avec l'employeur. La sous-commission pouvait ainsi, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, ne pas donner suite à la mesure d'instruction sollicitée sans violer le droit d'être entendu du recourant.

5. a. Le 1er septembre 2006 sont entrés en vigueur la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LSanté - K 1 03) ainsi que le règlement sur les professions de la santé (RPS - K 3 02.01) lesquels abrogent notamment la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (LRMPSP - K 1 80) et la loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (LPS - K 3 05).
 - b. 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, 2ème éd., Berne 1994, Vol. 1, ch. 2.5.2.3, p. 170). En matière de sanction disciplinaire, on applique toutefois le principe de la *lex mitior* lorsqu'il appert que le nouveau droit est plus favorable au recourant (ATA/583/2002 du 8 octobre 2002 ; P. MOOR, op. cit., p. 171). En l'espèce, la présente procédure pourrait aboutir, si une constatation de violation de l'obligation d'obtenir le consentement éclairé de la patiente était retenue, à ce qu'une sanction administrative soit infligée à l'intimé.
 - c. Tant l'ancien droit (art. 1, 2 et 5 LRMPSP) que le nouveau (art. 45, 46 et 55 LSanté) prévoient l'accès du patient à son dossier médical et l'obligation pour le médecin d'informer son patient et d'obtenir le consentement éclairé de celui-ci pour toutes mesures diagnostiques et thérapeutiques. En ce qui concerne les sanctions prévues en cas de violation de ces obligations, l'ancien droit (art. 108ss LPS) et le nouveau droit (art. 127 LSanté) sont similaires. Partant, la LSanté n'étant pas plus favorable à l'intimé, il sera fait application de l'ancien droit conformément au principe énoncé ci-dessus.
6. Il convient, dans un premier temps, d'examiner si la décision du département a, à juste titre, retenu que le recourant avait violé les droits de patiente de l'intimée en ne donnant pas à cette dernière accès au dossier médical pendant huit mois.
 7. L'article 2 alinéa 3 LRMPSP garantit au patient le droit de consulter son dossier médical.
 8. Dans le cas d'espèce, l'intimée a sollicité la remise de son dossier médical le 10 mars puis le 7 avril 2005. Il est vrai que le recourant était en incapacité de travail depuis le 28 janvier 2005. Toutefois, lors de son audition devant le tribunal de céans, il a expliqué que sa femme ou son assistante relevait le courrier lors de son absence. De plus, le recourant a pu reprendre son activité à un taux de 25% dès le 4 juillet 2005. Le tribunal de céans relèvera encore qu'il ressort du courrier

de l'intimée du 25 novembre 2004 que celle-ci avait déjà demandé l'accès à son dossier. A ce moment, le recourant n'était pas en incapacité de travail et il lui appartenait, même s'il était absent de Suisse, de s'assurer de la gestion de son cabinet. Ainsi, en ne donnant aucune suite aux diverses demandes de l'intimée et en produisant le dossier médical le 2 novembre 2005 seulement, lors de l'audience de comparution personnelle devant la sous-commission, le recourant a contrevenu à ses obligations. Le département n'a donc pas violé la loi en constatant que les droits de patiente de l'intimée avaient été violés.

9. Le département reproche encore au recourant de ne pas avoir recueilli le consentement éclairé de l'intimée avant de procéder au traitement entrepris entre le 18 juin et le 5 juillet 2004.
10. a. D'après l'article 1 alinéa 1 LRMPSP, les médecins informent leurs patients de façon simple, compréhensible et acceptable par ces derniers sur leur état de santé, les traitements et interventions possibles, leurs bienfaits et leurs risques éventuels et les moyens de prévention des maladies et de conservation de la santé. Selon l'article 5 alinéa 1 LRMPSP, le consentement éclairé du patient est nécessaire pour toutes mesures diagnostiques et thérapeutiques. En cas d'urgence, lorsque le patient n'est pas en mesure de se prononcer et que l'intervention est vitale, le consentement est présumé (art. 5 al. 4 LRMPSP).
- b. L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle tel qu'il découle de l'article 10 alinéa 2 Cst. (Arrêt du Tribunal fédéral 2C_5/2008 du 2 avril 2008, consid. 4.1). Le consentement éclairé résulte d'un bien protégé par un droit absolu. Le médecin qui fait une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet un acte contraire au droit et répond du dommage causé, que l'on voie dans son attitude la violation de ses obligations de mandataire ou une atteinte à des droits absolus et, partant, un délit civil. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes que celle-ci comporte, même si ces derniers ont été exécutés conformément aux règles de l'art (ATF 108 II 59, consid. 3 p. 62 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 4P.265/2002 du 28 avril 2003, consid. 4.1, publié partiellement in RDAF 2003 I p. 635ss). Une atteinte à l'intégrité corporelle, à l'exemple d'une intervention chirurgicale, est illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif (ATF 117 Ib 197 consid. 2, p. 200 et les références citées).
- c. Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose de la part du praticien l'obligation de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci exprime son accord en connaissance de cause (ATF 133 III 121 consid. 4.1.1, p. 128 et les autres références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 4C.66/2007 du 9 janvier 2008, consid. 5.1).

d. Pour le médecin, requérir le consentement est devenu une obligation juridique à part entière, qui repose sur le devoir moral de respecter l'autonomie de la personne (C. WILLI, Der informierte Patient ist der beste Patient, PJA 2/2008, p. 161 ; D. MANAI, Les droits du patient face à la biomédecine, Berne 2006, p. 31ss.). Le médecin assume en particulier l'obligation d'informer son patient à la fois sur la nature et sur les risques des traitements qu'il entend prodiguer, à moins qu'il ne s'agisse d'actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle (ATF 119 II 456 consid. 2a, p. 258 ; ATA/412/2008 du 26 août 2008).

e. C'est au médecin qu'il appartient d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu le consentement préalable de ce dernier (ATF 117 Ib 197 consid. 2d ; 115 Ib 175 consid. 2b ; ATA/182/2007 du 17 avril 2007 ; C. CONTI, Die Malaise der ärztlichen Aufklärung, in : AJP/PJA 2000 p. 628).

11. En l'espèce, l'intimée s'est rendue chez le recourant, le 18 juin 2004, pour qu'il lui répare une dent cassée quelques jours auparavant. Le dossier médical mentionne les actes médicaux effectués ce jour-là, soit notamment un « polissage recoutering ». Il ne contient en revanche pas d'indication sur les informations délivrées par le recourant à sa patiente. Le consentement de l'intimée aux actes prodigués ne peut dès lors pas être déduit des éléments figurant au dossier médical. L'existence de consultations ultérieures ne permet également pas de considérer que l'intimée a consenti au traitement. En effet, celle-ci a expliqué avoir revu le recourant car elle était insatisfaite du résultat et ressentait des douleurs.

Le recourant se prévaut des déclarations de son assistante. A cet égard, comme vu précédemment, ce témoignage doit être examiné avec précaution car il émane d'une personne employée, hiérarchiquement dépendante du recourant. De plus, l'assistante dentaire n'a pas été en mesure de situer la date d'une discussion qui aurait eu lieu entre le recourant et l'intimée. De même, elle n'a pas pu indiquer le traitement subi par la patiente lors du rendez-vous du 18 juin 2004. Dans ces conditions, cette déclaration ne permet pas d'établir le consentement éclairé de la patiente.

Enfin, le recourant ne peut invoquer le consentement donné en 2001. En effet, lorsque l'intimée est venue le consulter en 2004, elle désirait régler un problème spécifique, soit sa dent cassée, totalement différent des soins subis en 2001.

Ainsi, le recourant, auquel appartient le fardeau de la preuve, n'a pu apporter des éléments établissant l'existence d'un consentement de l'intimée au traitement entrepris. Ce seul fait étant constitutif d'un manquement professionnel, il n'est pas nécessaire d'examiner s'il y a eu de plus violation des règles de l'art. La décision du département ne prête dès lors pas flanc à la critique.

12. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté et la décision du 20 novembre 2007 confirmée. Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge du recourant qui succombe et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à l'intimée à charge du recourant (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 21 décembre 2007 par Monsieur X_____ contre la décision du département de l'économie et de la santé du 20 novembre 2007 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge du Dr X_____ un émoulement de CHF 1'000.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Mme M_____ à charge du Dr X_____ ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Philippe Amsler, avocat du recourant, à Me Bogdan Prensilevich, avocat de l'intimée ainsi qu'au département de l'économie et de la santé.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

le vice-président :

C. Del Gaudio-Siegrist

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :