

du 11 juin 2002

dans la cause

Monsieur H.

représenté par Me Martine Chenou, avocate

contre

DEPARTEMENT DE L'ACTION SOCIALE ET DE LA SANTE

EN FAIT

1. Le Dr H. est médecin psychiatre à Genève et recourant dans la présente affaire.
2. Monsieur M. fait l'objet d'une procédure pénale dans laquelle il lui est reproché d'avoir commis des actes sexuels sur une mineure, Mademoiselle L., entre 1990 et 1993. Suivie psychiatriquement depuis 1994, elle a mis fin à ses jours en août 1997.
3. Certaines questions se sont posées dans le cadre de cette procédure, en particulier la crédibilité des propos tenus par la jeune fille dans ses écrits, ainsi que l'origine de ses troubles psychiatriques.
4. Le Dr H. a, sur mandat de la partie civile, dressé, le 15 janvier 1999, un rapport d'expertise concernant Melle L..

Ce rapport commence par retracer l'histoire de la jeune fille. Figure notamment un extrait de ses écrits concernant sa rencontre avec M. M., alors qu'elle était âgée de douze ans. Il était un ami de la famille. La jeune fille et lui avaient eu une relation secrète jusqu'à juin 1992. Un soir, il l'avait violée. Ils avaient continué à se voir, la jeune fille n'ayant pas eu le courage de mettre fin à cette relation. En fin de rapport, le Dr H. pose les deux diagnostics envisageables dans le cas d'espèce, et retient celui de syndrome post-traumatique.

5. Le 14 octobre 1999, le Dr H. est venu confirmer son rapport d'expertise devant le Juge d'instruction. Sur question du conseil de la défense, il a déclaré par erreur avoir été consulté par M. et Mme L. au début de l'automne 1998. M. M. était également venu le voir. Il avait refusé d'entrer en matière sur sa demande, car il avait préalablement été consulté par les époux L.. M. M. a, pour sa part, déclaré que l'entretien avait eu lieu le 14 mai 1998 et avait duré 45 minutes. À la fin de l'entretien, le Dr H. lui avait dit de le rappeler un mois plus tard. Le Dr H. lui avait alors dit qu'il ne pouvait pas s'occuper de lui. Enfin, la partie civile a demandé à M. M. quelle mission il entendait confier au Dr H.. Celui-ci a refusé de répondre. Le Dr H. a alors déclaré, sans que la question lui ait été adressée, qu'il

pensait que M. M. l'avait consulté pour une psychothérapie. Ce dernier a déclaré ne pas le relever de son secret professionnel.

6. Suite à cette audience, M. M. a, le 13 décembre 1999, déposé plainte contre le Dr H. auprès de la commission de surveillance des professions de la santé (ci-après: la commission). Il lui a reproché d'avoir violé le secret médical institué par les articles 321 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CPS - RS 311.0) et 13 alinéa 7 de la loi genevoise sur les professions de la santé et les établissements médicaux, et le devoir de fidélité du mandataire à l'égard de son mandant pour avoir déclaré devant le Juge d'instruction qu'il l'avait consulté pour une psychothérapie, et pour avoir accepté le mandat de la partie civile quelques mois après l'avoir reçu et écouté sur le fond.

7. Dans ses observations du 24 janvier 2000, le Dr H. a déclaré avoir été contacté par écrit par la mère de la jeune fille le 18 mars 1998. Elle lui exposait que sa fille avait été suivie psychiatriquement de 1994 à 1997, année de son décès, et qu'un procès pénal était en cours dirigé contre un homme qu'elle aurait accusé dans ses écrits de l'avoir sexuellement violentée alors qu'elle était âgée d'environ treize ans. Le 30 avril 1998, la mère de la jeune fille, lui demandait de se charger d'une expertise au sujet du suicide de celle-ci. À cet effet, elle ne lui avait donné que quelques indications sur sa fille, souhaitant ne pas influencer l'expert, afin qu'il se prononce sur la base des dossiers qu'elle lui remettrait par la suite. Le 30 mai 1998, le Dr H. n'avait toujours pas reçu ces documents et a écrit à la partie civile à ce sujet.

Son travail d'expert avait consisté à donner son opinion sur la cohérence de l'histoire et sur les diagnostics posés à l'époque, en s'aidant des rapports des médecins traitants et des écrits de la jeune fille. Il ne lui appartenait toutefois pas de juger les personnalités incriminées et il soulignait qu'il n'avait cité le nom de M. M. qu'une seule fois, dans le cadre d'une citation extraite de l'un des documents mis à sa disposition. Il insistait sur le fait qu'il ne s'était jamais fondé sur une analyse du comportement de M. M..

Ce dernier l'avait pour sa part consulté le 14 mai 1998. Le Dr H. n'a retrouvé aucune mention d'expertise dans ses notes personnelles. C'était au milieu de la

consultation qu'il lui était apparu le lien avec le cas de Melle L.. À la fin de la consultation, il avait alors dit à M. M. de le rappeler un mois plus tard.

Le Dr. H. a ajouté qu'au moment de l'entretien avec M. M., il n'avait pas encore pris connaissance des documents relatifs à Melle L. et n'avait pu ainsi reconnaître clairement l'incompatibilité des deux mandats. Dès qu'il avait pu faire le lien, et après vérification, il avait décliné la poursuite des entretiens avec M. M..

Quant à l'audience du 14 octobre 1999 devant le Juge d'instruction, le Dr H. s'était cru obligé de répondre. Il pensait rétrospectivement avoir commis deux erreurs. La première était d'avoir pensé qu'au vu des circonstances, il était autorisé à parler. La seconde consistait en la reconstitution des dates des différentes consultations, en l'absence de son agenda, sans s'être rendu compte de l'importance chronologique de ces événements pour M. M.. Enfin, il estimait ne pas avoir violé le secret médical.

8. Lors de l'audience de comparution personnelle devant la commission, le 13 juin 2000, M. M. a déclaré avoir consulté le Dr H. le 14 mai 1998, après un contact téléphonique deux semaines auparavant. À cette occasion, il lui avait expliqué brièvement sa situation, à savoir qu'il faisait l'objet d'une procédure pénale car il lui était reproché d'avoir commis des actes sexuels sur une mineure. Celle-ci avait suivi un traitement aux Etats-Unis et il souhaitait savoir si le Dr H. pouvait expliquer les accusations dont il était l'objet. Il lui avait dit qu'il était en analyse depuis plusieurs années et qu'il vivait actuellement une situation difficile en raison de ces accusations. Enfin, il a déclaré avoir donné beaucoup de détails sur cette affaire. Le Dr H. lui avait dit de le recontacter un mois plus tard afin de lui indiquer s'il acceptait ou non la mission.

M. M. a nié avoir consulté le Dr H. pour une psychothérapie, contrairement aux propos tenus par ce dernier à l'audience du 14 octobre 1999. De surcroît, il s'était senti trahi par le Dr H. qui avait finalement refusé de faire l'expertise pour l'accepter pour la partie civile, et ce malgré les 45 minutes d'entretien qu'ils avaient eu. Enfin, il ne pouvait imaginer que le Dr H. n'ait pas fait le lien avec le dossier L..

Le Dr H. a à son tour déclaré que ce n'était qu'à la fin de l'entretien qu'il avait compris que M. M. souhaitait une expertise et non pas un soutien thérapeutique. C'est à ce moment là qu'il avait commencé à faire le lien avec l'affaire L.. En outre, il a précisé que l'expertise portait sur l'unique question de savoir s'il était possible que les symptômes présentés par Melle L. aient pu être causés par un traumatisme sexuel. En aucune manière il n'avait pris position sur l'éventuelle culpabilité de M. M..

Enfin, s'agissant de l'acceptation du mandat de la partie civile, le Dr H. estimait qu'il n'avait pas assez d'éléments pour le refuser.

9. Dans son préavis du 15 février 2001, la commission a, en séance plénière, constaté que le Dr H. avait violé son secret médical en renseignant le Juge d'instruction sur le but de la visite de M. M.. Il avait en outre commis un agissement professionnel incorrect en acceptant le mandat de la partie civile. Compte tenu de la gravité des faits reprochés, la commission a proposé au département de lui infliger un blâme.
10. Par décision du 24 avril 2001, le département de l'action sociale et de la santé (ci-après: le département) a constaté que le Dr H. avait violé le secret médical le liant à M. M. en renseignant le Juge d'instruction sur le but de la visite de M. M.. Il avait en outre accepté, en automne 1998, le mandat d'expert de la partie civile alors qu'il avait eu connaissance, le 14 mai 1998, d'éléments concernant M. M.. Le département a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prononcer une injonction, laquelle ne serait pas à même de rétablir une situation conforme au droit. S'agissant de la sanction pour agissement professionnel incorrect, elle serait examinée dans le cadre d'une seconde décision, étant précisé que le dénonciateur n'avait pas qualité de partie dans une telle procédure.
11. Par acte du 25 mai 2001, le Dr H. a recouru contre cette décision par devant le Tribunal administratif, concluant à son annulation et constatant que le Dr H. n'avait pas violé le secret médical le liant à M. M..
12. Le 7 juin 2001, le département a prononcé un blâme à l'encontre du Dr H., sur la base des articles 10 alinéa 5 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients, du 6 décembre 1987

(LRap) et 141 alinéa 2 lettre b de la loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical, du 16 septembre 1983 (LEPS), donnant ainsi suite à sa décision du 24 avril 2001.

Le département a estimé que le Dr H. avait commis un agissement professionnel incorrect en acceptant le mandat de la partie civile alors qu'il avait eu préalablement un entretien de 45 minutes avec M. M..Vu le court laps de

Il a estimé que les faits reprochés au Dr H. étaient d'une gravité certaine, dans la mesure où ils étaient de nature à être très préjudiciables à M. M..

13. Le Dr H. a recouru, le 6 juillet 2001, devant le tribunal de céans contre la décision du département du 7 juin 2001 lui infligeant un blâme. Il conclut à son annulation et très subsidiairement à ce qu'il lui soit infligé un avertissement.
14. Le département conclut au rejet du recours.
15. Les 31 août 2001 et 23 avril 2002, les causes A/679/2001 et A/537/2001 ont été gardées à juger.

EN DROIT

1. Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. L'article 70 LPA permet à l'autorité, d'office ou sur requête, de joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

Le complexe de faits à l'origine des décisions du département des 24 avril et 7 juin 2001 étant identique dans les deux procédures, le tribunal de céans procédera à la jonction des causes n° A/537/2001-ASAN et A/679/2001-ASAN.

3. Le 1er septembre 2001 est entrée en vigueur la nouvelle LEPS qui remplace la loi du 16 septembre 1983

(aLEPS).

En vertu du principe de la non-rétroactivité, le nouveau droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur (P. MOOR; Droit administratif, Vol. I, 1988, p. 144; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, Bâle 1991, p. 116). Le nouveau droit ne peut avoir un effet rétroactif que si la rétroactivité est prévue par la loi, est limitée dans le temps, ne conduit pas à des inégalités choquantes, est motivée par des intérêts publics pertinents et ne porte pas atteinte à des droits acquis (B. KNAPP, op. cit., p. 118).

En l'espèce, la nouvelle LEPS ne prévoit pas d'effet rétroactif. La situation du recourant sera donc jugée selon le droit applicable à l'époque des faits allégués.

4. L'aLEPS règle notamment l'exercice à titre privé des professions de la santé (art. 1 let. a aLEPS).

Elle contient une énumération limitative des mesures ou sanctions. Les sanctions qui relèvent de la compétence du département sont l'avertissement, le blâme et l'amende (art. 141 aLEPS).

Il s'agit là de sanctions disciplinaires, notamment destinées à assurer le respect des devoirs spécifiques que l'Etat impose à certaines professions libérales (P. MOOR, Droit administratif, 1991, p. 84; ATA P. du 6 septembre 1994).

Ces sanctions sont régies par les principes généraux du droit pénal, de sorte qu'elles ne sauraient être prononcées en l'absence d'une faute (ATA P. précité).

En matière de sanction administrative, les autorités intimées jouissent en général d'un large pouvoir d'appréciation (ATA H. du 28 juillet 1998 et les références citées). La juridiction de céans ne censure ainsi les prononcés administratifs qu'en cas d'excès.

5. L'article 31 alinéa 1 aLEPS stipule que toute personne inscrite dans l'un des registres des professions de la santé est tenue au secret professionnel, conformément aux lois en vigueur.

À cet égard, l'article 321 CPS a pour objet la

violation du secret professionnel et punit, sur plainte, de l'emprisonnement ou de l'amende le médecin qui aura violé ce secret (alinéa 1). La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé, ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit (alinéa 2).

Selon l'article 4 LRap, les obligations découlant de l'article 321 CPS sont instituées dans l'intérêt exclusif du patient. Elles ne lui sont pas opposables.

La LRap vise essentiellement à renforcer la protection du patient face au médecin (Mémorial des séances du Grand Conseil 1983, p. 832 ss; ATA G. du 25 janvier 1989), et le secret médical s'étend à tout ce que le médecin apprend dans l'exercice de sa profession et de sa relation thérapeutique. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par secret professionnel, voire par secret médical. Il faut donc admettre que le secret consiste dans la possession exclusive de la connaissance de certains faits jointe à la volonté du détenteur du secret d'en rester seul possesseur. On peut également définir le secret comme une chose qui n'est pas de notoriété publique et qu'il y a intérêt à ne pas divulguer. Le secret est donc en principe la possession exclusive - voire avec un nombre limité de personnes - de connaissances acquises dans l'exercice de la fonction ou de la profession. Le secret est absolu et il survit lorsque l'affaire est terminée (ATA J. et S.H. du 10 avril 2001).

6. En cas de comportement professionnel incorrect dûment constaté, les dispositions relatives aux sanctions prévues par les articles 127 et 128 (articles 141 et 142 aLEPS), respectivement par le statut du personnel des établissements publics médicaux visé par l'article 17E de la loi sur les établissements publics médicaux sont réservées en cas de comportement professionnel incorrect dûment constaté (article 10 alinéa 5 LRap).

L'agissement professionnel incorrect n'est pas défini; il est fonction de la situation dans laquelle se trouve le professionnel de la santé au moment des faits: il est nécessaire de tenir compte de sa formation, du profil de ses pairs, du degré d'urgence du cas, et parfois même du type de relation qu'il a instaurée avec son patient (Jean-Pierre RESTELLINI et Jean-François DUMOULIN in SJ 1994 p. 449 ss, 468).

S'agissant d'une notion juridique imprécise, son interprétation peut être revue librement par la juridiction de recours, lorsque celle-ci s'estime apte à trancher en connaissance de cause. Cependant, ces notions font souvent appel à des connaissances spécifiques, auxquelles l'autorité inférieure est manifestement mieux à même d'attribuer un sens approprié. Ils ne s'écartent en principe pas des décisions prises dans ces domaines par des personnes compétentes, dans le cadre de la loi et sur la base de faits établis de façon complète et exacte (A. GRISEL Traité de droit administratif, 1984, p. 336 et 337; V. MONTANI, C. BARDE p. 373; ATF 109 V 211; 109 Ib 219; RDAF 1985, p. 303 ss; ATA P. précité et les références citées).

7. En sa qualité de médecin psychiatre, le recourant est soumis au secret professionnel.

L'audience du 14 octobre 1999, par devant le Juge d'instruction, avait pour objet son audition, à titre de témoin, en vue de la confirmation de son rapport d'expertise privée.

À l'occasion de cette audience, le recourant a révélé que M. M. était venu le consulter pour des raisons thérapeutiques.

En effet, c'est dans le cadre d'une consultation, et par conséquent dans un contexte professionnel, que le recourant a appris les raisons de la visite de M. M.. Cette information entrait donc dans la relation privilégiée entre un patient et son médecin et était couverte par le secret professionnel. Le recourant ne pouvait par conséquent pas en faire état, d'autant plus qu'il savait que sa révélation avait, de surcroît, fait l'objet d'un refus explicite de M. M. qui n'avait pas voulu répondre à la question de la partie civile au sujet de la mission qu'il entendait confier au recourant. Enfin, cette information ne pouvait être considérée comme anodine, au vu de la position d'inculpé de M. M.. Il a de plus fait cette déclaration spontanément. L'argument du recourant consistant à nier la présence d'un quelconque intérêt de M. M. à garder ce fait secret ne saurait ainsi être retenu.

Dès lors, le recourant a commis une violation du secret médical qui est également constitutive d'un agissement professionnel incorrect, comme l'a, à juste

titre, constaté le département dans sa décision du 24 avril 2001.

8. Dans un deuxième temps, le tribunal de céans doit se prononcer sur un éventuel agissement professionnel incorrect du recourant dans le cadre de l'expertise.

Le recourant a entendu la première fois parler des faits le 18 mars 1998, dans un courrier de la partie civile puis, à l'occasion d'un entretien avec elle, le 30 avril 1998. Il a alors appris l'existence de la procédure pénale et les raisons de son ouverture. La partie civile le chargeait d'une expertise. Quinze jours plus tard, M. M. le consultait. Ce dernier lui exposait l'affaire durant un entretien de 45 minutes, et sollicitait son aide pour une expertise. Après avoir fait le lien entre les deux affaires, le recourant avait alors demandé à M. M. de le recontacter un mois plus tard. Après vérification, il lui avait alors dit qu'il ne pouvait pas s'occuper de lui. Enfin, il avait fini par accepter le mandat d'expertise de la partie civile.

En acceptant le mandat de la partie civile après avoir reçu et entendu M. M., inculpé dans cette procédure, le recourant a commis un agissement professionnel incorrect. En effet, la mission qui lui était confiée consistait à se pencher sur la crédibilité des accusations portées par la jeune fille à l'endroit de M. M. et à se positionner par rapport à un diagnostic. Dès lors, répondre à ces questions revenait à prendre inévitablement en compte le comportement de M. M.. Il ne pouvait pas prétendre ne pas avoir subi d'influence et déclarer que M. M. n'entraît pas en ligne de compte dans l'établissement de ce rapport.

Dès lors, le recourant a commis un agissement professionnel incorrect, dûment constaté par la commission et le département, dans sa décision du 6 juillet 2001.

9. Reste à examiner la sanction infligée au Dr H. par le département.

La légalité de cette sanction n'a pas été remise en cause.

Pour déterminer la sanction, l'autorité doit, en application du principe de la proportionnalité, tenir compte d'éléments objectifs, soit de l'atteinte

objectivement portée à l'intérêt public et de facteurs subjectifs, comme par exemple des motifs qui ont poussé l'intéressé à violer ses obligations (V. MONTANI, C. BARDE, op. cit. p. 348).

Le Tribunal administratif a condamné à un avertissement un médecin généraliste pour avoir ordonné un placement psychiatrique non volontaire, sans examen personnel de l'intéressé. Ce placement avait eu lieu suite à l'appel d'une de ses patientes, à deux reprises tard dans la soirée, parce que le mari de celle-ci était déchaîné contre elle. Cette dame était patiente de ce médecin depuis une vingtaine d'années et lui avait à plusieurs reprises fait état de scènes violentes durant lesquelles son mari adoptait des comportements absurdes. Aucun diagnostic d'affection mentale n'avait pu être posé après trois jours d'hospitalisation. Le tribunal a estimé que compte tenu de la nécessité dans laquelle le médecin s'était trouvé de répondre à un appel à l'aide d'une patiente qu'il suivait depuis longtemps, et de devoir prendre tard le soir, avec les perspectives et les ressources restreintes qu'offre la période nocturne, une décision rapide, il se justifiait de prononcer un avertissement en lieu et place d'un blâme (ATA M. du 7 août 2001).

À une autre occasion, le Tribunal administratif a confirmé un blâme à un pharmacien pour avoir acquis puis mis en vente de la mélatonine, substance interdite à la vente à l'époque des faits par le pharmacien cantonal, et pour s'être livré à des activités publicitaires, également interdites, concernant le même produit. Cette sanction se justifiait vu la gravité des faits, la longue période sur laquelle ceux-ci s'étaient déroulés, et l'obstination du pharmacien à poursuivre la vente en dépit de la procédure dont il était l'objet (ATA H. du 23 janvier 2001).

10. En l'espèce, deux comportements sont reprochés au recourant. Le premier, à l'occasion de l'audience devant le Juge d'instruction, lorsqu'il a répondu à une question de la partie civile, posée à M. M., couverte par le secret médical, et à laquelle celui-ci avait expressément refusé de répondre. Le second, en ayant accepté de faire un rapport d'expertise pour la partie civile, malgré un long entretien qu'il avait eu préalablement avec le recourant.

Il apparaît que ces deux comportements sont des

faits graves car de nature à altérer la confiance que le patient doit pouvoir nourrir à l'égard de son médecin. Quant à l'expertise, le recourant a eu un temps de réflexion de plusieurs semaines pour l'accepter, et par conséquent pour se rendre compte de l'incompatibilité de ce mandat. Quand bien même le recourant n'est pas un homme de loi, il ne pouvait pas ne pas se rendre compte de cette ambiguïté et de son devoir de le refuser. De plus, de la part d'une personne ayant de nombreuses années de pratiques derrière lui, ce comportement apparaît d'autant plus incompréhensible. Enfin, au vu de la situation d'inculpé du recourant, il devait se rendre compte des conséquences potentiellement graves de ses actes.

11. Une sanction disciplinaire s'écartant du minimum prévu, soit de l'avertissement, est justifiée. Le blâme est une sanction moyenne, la seconde dans l'ordre de gravité croissante de celles énumérées à l'article 141 aLEPS. En effet, le cas du recourant apparaît d'une gravité plus importante que celui du médecin dont la jurisprudence vient d'être rappelée. Ce dernier avait dû agir dans l'urgence, dans un souci de protection de sa patiente, et avait ainsi dû faire confiance aux propos qu'elle tenait. Or, en l'espèce, comme il vient d'être évoqué, le recourant avait tout le temps à disposition pour considérer la situation et adapter son comportement. Enfin, si l'on prend le cas du pharmacien dans la jurisprudence précitée, à qui un blâme a été infligé, il a vendu sciemment un médicament encore interdit à la vente en Suisse, rompant ainsi le lien de confiance qu'un client peut avoir en un pharmacien. Ainsi, le recourant a également adopté un comportement propre à entraîner une telle rupture du lien de confiance.

Le prononcé d'un blâme est approprié aux circonstances et doit donc être confirmé.

12. Le tribunal rejettera donc les recours et confirmera la décision du département du 24 avril 2001 constatant une violation du secret professionnel par le recourant et celle du 7 juin 2001 lui infligeant un blâme.
13. Au vu de l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.-- sera mis à la charge du recourant.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevables les recours interjetés par Monsieur H. contre les décisions du département de l'action sociale et de la santé des 24 avril et 7 juin 2001;

au fond :

les rejette ;

met à la charge du recourant un émolument de CHF 2'000.--;

communique le présent arrêt à Me Martine Chenou, avocate du recourant, ainsi qu'au département de l'action sociale et de la santé.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin et Schucani, Mme Bonnefemme-Hurni, juges, M. Mascotto, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj.: le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

M. Oranci