

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4355/2011-PATIEN

ATA/17/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 janvier 2013

dans la cause

Monsieur X _____

représenté par Me Romain Jordan, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DES AFFAIRES RÉGIONALES, DE L'ÉCONOMIE ET DE
LA SANTE**

et

Messieurs A _____, **B** _____ et **C** _____ **Y** _____

représentés par Me Mike Hornung, avocat

EN FAIT

Afin de protéger la sphère privée des patients intimés, les faits seront succinctement résumés comme suit :

En 2000, une patiente, Mme Y_____, a entamé à Genève une psychanalyse chez un psychiatre, M. X_____. Quelques mois plus tard, son époux, M. A_____ Y_____ en a fait de même auprès du même praticien, à raison de trois à quatre séances par semaine, dans l'espoir, notamment, de régler leurs problèmes de couple. Par la suite, trois de leurs enfants MM. B_____, C_____ et D_____ Y_____ (jeunes adultes et adolescents) ont débuté un traitement auprès du même thérapeute, également de façon intensive.

En 2006, une relation amoureuse est née entre le psychiatre et sa patiente, à l'insu des autres membres de la famille. Les amants ont entretenu des relations sexuelles au cabinet du médecin, au domicile des époux et dans le chalet de ceux-ci. Ils sont partis en vacances à plusieurs reprises à l'étranger, à l'insu de tous. Le psychiatre a envoyé des SMS à sa patiente pendant que le mari de celle-ci lui confiait, en totale confiance, ses plus intimes pensées et l'état de ses relations conjugales. Le thérapeute n'a pas interrompu ses traitements à l'égard d'aucun des patients précités, pas même de sa maîtresse, dont l'époux a payé les consultations jusqu'à ce qu'il apprenne la vérité par un tiers en 2009.

L'époux et deux des enfants du couple (MM. A_____, B_____ et C_____ Y_____) ayant dénoncé le psychiatre auprès de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, le département a prononcé à l'égard du médecin une interdiction de pratiquer pendant une durée de deux ans. Le psychiatre a recouru contre cette sanction auprès de la chambre administrative.

Les griefs des parties et les motifs de la décision entreprise sont repris dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 131 et 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ ; art. 62 al. 1 let a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Par un acte unique du 16 décembre 2011, M. X_____ a recouru contre l'arrêté attaqué. A sa réception, la chambre administrative a scindé ce recours en deux procédures distinctes, l'une portant sur la sanction administrative (cause A/4346/2011-PROF), l'autre sur la violation des droits de patients (cause A/4355/2011-PATIEN).

3. Cette manière de procéder découle de la jurisprudence de la chambre administrative concernant la qualité pour recourir des patients dans la procédure disciplinaire. Cette jurisprudence, comme la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03) et la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006 (LComPS - K 3 03) sur lesquelles elle se fonde, pose des difficultés récurrentes qui doivent être explicitées et dont les réponses doivent être revisitées.

a. Avant l'entrée en vigueur de la LComPS, le patient qui portait plainte contre un professionnel de la santé devant la commission ne disposait de la qualité de partie lors de l'instruction de sa plainte, soit dans la phase non contentieuse de la procédure, qu'en tant que sa plainte visait une violation de ses droits de patients, énumérés aux art. 1 à 7 et 9 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987- aLRMPS – K 1 80 (droits à l'information, d'accès à son dossier médical, au choix du médecin, au secret médical, de divulgation du diagnostic, au consentement éclairé, liés à l'expérimentation, aux visites et aux liens avec l'extérieur, au respect de sa dignité et de sa personnalité). Au terme de l'instruction et après le préavis délivré par la commission, le chef du département ordonnait la clôture du dossier si aucune violation des droits du plaignant n'avait été établie (art. 10 al. 3 aLRMPS). Dans le cas contraire, il émettait une injonction impérative au praticien concerné sous menace des peines prévues à l'article 292 du code pénal (idem).

Le patient pouvait recourir contre cette décision du département (art. 10 al. 4 aLRMPS).

b. Si à l'issue ou au cours de cette procédure, le département constatait un agissement professionnel incorrect (violation d'un droit du patient concerné ou autre violation des règles professionnelles), il ouvrait une procédure disciplinaire. Dans cette deuxième procédure, le plaignant ne disposait pas de la qualité de partie au stade de l'instruction. Il était considéré comme un dénonciateur et ne pouvait ensuite recourir contre la décision prise à son terme, faute de disposer d'un intérêt digne de protection.

c. Le droit d'être soigné conformément aux règles de l'art médical ne figurait pas dans le catalogue des droits du patient. Si un patient se plaignait d'avoir été incorrectement soigné, seule la procédure disciplinaire s'ouvrait, dans laquelle le plaignant n'avait qu'un statut de dénonciateur. Au stade de l'instruction, le patient n'était entendu qu'en qualité de témoin et ne disposait d'aucun des droits attachés à

la qualité de partie (droit d'être entendu, de consulter le dossier, de participer aux auditions, aux mesures d'enquête, à l'administration des preuves en général, etc.).

d. Cette dichotomie au stade de la procédure non contentieuse était peu rationnelle pour la commission chargée de l'instruction de la plainte, qui voyait s'échelonner deux procédures distinctes - bien que fondées sur le même état de fait - lorsque le patient se plaignait d'une violation de ses droits de patients et que celle-ci nécessitait ensuite la prise d'une sanction.

e. Historiquement, cette situation est provenue de la superposition de la procédure exclusivement disciplinaire prévue par l'aLEPS et des droits des patients nouvellement constitués par l'aLRMPS, adoptée suite à une initiative populaire en 1987. Non prévue dès l'origine, cette superposition a créé des problèmes d'imbrication de deux droits peu compatibles d'un point de vue procédural (nouveaux droits de patients, droits du praticien dans la procédure disciplinaire).

e. Du point de vue des compétences, les choses étaient relativement claires : d'une manière générale et sauf exceptions marginales (art. 109 aLEPS), tant pour les violations des droits des patients que pour celles relatives aux autres règles professionnelles (règles de l'art médical, etc), la commission préavisait et le département - éventuellement le Conseil d'Etat - statuait, quels que soient les droits ou les violations en cause et quelles que soient les sanctions (art. 110 et 111 aLEPS).

4. a. Suite à des revendications d'associations de patients entendues lors de la procédure de révision de la aLEPS et aux fins de remédier aux problèmes de dédoublement de la procédure exposés ci-dessus, liés à l'instruction de la plainte par la commission lors de la phase non contentieuse, le législateur a conféré au patient plaignant la qualité de partie devant la commission, quel que soit l'objet de sa plainte (art. 9 LComPS). Les procédures portant sur la violation de ses droits ou des autres règles professionnelles, comme sur la sanction disciplinaire, ont été fondues en une seule et unique procédure, dans laquelle le patient dispose désormais de tous les droits attachés à la qualité de partie (art. 9 LComPS et 7 LPA).

b. Dans la nouvelle, le législateur a toutefois réaffirmé le principe prévalant jusqu'alors, selon lequel le plaignant ne peut pas recourir contre les sanctions administratives prononcées par la commission de surveillance (art. 22 LComPS). Cette disposition consacre en effet la jurisprudence constante de la chambre administrative, qui a toujours dénié cette qualité au plaignant dans la procédure disciplinaire, considérant que celle-ci relève exclusivement des prérogatives des autorités administratives de poursuite. Bien que l'art. 22 LComPS ne mentionne expressément que les sanctions prononcées par la commission de surveillance, cette restriction s'applique également à celles prononcées par le département dans

le domaine de ses compétences (cf. art. 127 LS), par le jeu de ces principes jurisprudentiels.

c. Parallèlement, la répartition des compétences a changé avec l'introduction de la LS et de la LComPS. La compétence de statuer sur la violation des droits de patients est passée du département à la commission (art. 10 al. 3 aLRMPS ; art. 20 al. 1 LComPS). Celle de prononcer l'avertissement, le blâme et l'amende jusqu'à CHF 20'000.- a également été transférée à la commission (art. 127 al. 1 let. a LS ; art. 108 et 110 al. 1 et 2 aLEPS). Les retraits du droit de pratiquer sont désormais exclusivement de la compétence du département (et non plus du Conseil d'Etat) qui statue suite au préavis (consultatif) de la commission.

5. L'adoption conjointe de ces règles ont complexifié la procédure au point de rendre celle-ci impraticable, sauf à revenir sur les fondements du modèle classique de la surveillance et de la procédure disciplinaire. La dichotomie des procédures qui existait sous l'ancien droit lors de l'instruction devant la commission s'est en effet reportée sur la phase contentieuse avec des effets complexes, qui rétroagissent sur la phase non contentieuse, supprimant tous les bienfaits souhaités de simplification de la procédure devant la commission.

a. La procédure d'instruction devant la commission a tout d'abord débouché sur la prise d'une décision unique, dont les motifs statuent sur l'ensemble des violations alléguées (droits de patient, règles de l'art médical, autres règles professionnelles), le dispositif ne statuant que sur la sanction.

Dans la pratique, le patient et le praticien se voient notifier cette décision, conformément à l'art. 132 al. 1 LS, avec l'indication de la possibilité de recourir auprès de la chambre administrative.

Or, pour respecter la loi, le patient ne pouvant pas recourir contre la sanction (art. 22 LComPS), l'autorité compétente devrait préciser la teneur de ce droit de recours, limité pour ce plaignant à la seule violation de ses droits de patients (droit existant déjà sous l'empire de la aLRMPS ; art. 10 al. 4). Dans le modèle classique de la décision administrative, il faudrait, corrélativement, que cette autorité statue dans le dispositif de sa décision (et non dans ses motifs), sur l'existence d'une telle violation, pour que le patient puisse disposer - conformément aux principes généraux de procédure - de la qualité pour recourir contre celle-ci.

Juridiquement, ces exigences conduiraient à la prise de deux décisions : l'une (constatatoire) statuant sur les droits du patient concerné, avec l'indication de la voie de recours limitée à cet objet, et l'autre (disciplinaire) portant sur la sanction, avec l'indication de la voie de recours réservée au praticien concerné.

Ces difficultés ne seraient pas insurmontables, si elles n'étaient pas doublées de règles de compétence contradictoires.

b. En effet, conformément à la loi, la commission est compétente pour délivrer un préavis lorsque la prise d'une sanction relève de la compétence du département (art. 19 al. 1 LComPS), mais elle seule peut prendre la décision constatatoire susmentionnée (art. 20 al. 1 LComPS). A rigueur de texte, le département n'est en effet pas compétent pour prendre - indépendamment de la sanction - une décision statuant sur les seules violations des droits du patient plaignant. Celles-ci fondent toutefois la sanction qu'il prendra cas échéant. Il statuera ainsi nécessairement sur celles-ci dans les motifs de la décision relevant de sa compétence.

Pour le même cas d'espèce, la commission peut ainsi statuer définitivement sur la violation des droits du patient à l'égard de celui-ci, et intervenir uniquement comme autorité de préavis à l'égard du professionnel de la santé incriminé, si la sanction envisagée relève de la compétence du département.

c. A cette incohérence, s'ajoute le risque de décisions contradictoires à tous les niveaux. Au stade de la décision initiale (le département n'étant pas lié par le préavis de la commission) et au stade de la procédure contentieuse (la chambre administrative étant saisie de deux recours distincts ne pouvant être joints, faute de qualité pour recourir - et donc d'être partie - du patient dans la procédure disciplinaire). Ainsi, la commission pourrait constater une violation des droits du patient concerné et le département la dénier, dans deux décisions séparées portant sur le même complexe de fait et opposant les mêmes parties. Si le patient est satisfait de sa décision constatatoire prise par la commission et que le professionnel de la santé recourt contre la seule sanction et obtient gain de cause, la situation n'est pas satisfaisante non plus, du point de vue de la sécurité du droit.

d. Dans son espoir de simplifier la procédure et d'élargir les droits procéduraux des patients, le législateur n'a semble-t-il pas perçu toutes ces contradictions.

Dans sa jurisprudence, la chambre administrative a tenté de rester au plus près de la lettre de la loi et de s'écarter le moins possible du modèle classique de la procédure disciplinaire et des principes administratifs liés à la surveillance, en invitant notamment la commission à scinder les procédures de sanctions et de droits des patients pour préserver les droits procéduraux des parties (ATA/334/2012 du 5 juin 2012 ; ATA/311/2012 du 22 mai 2012), ou encore en interprétant les dispositifs incomplets des décisions attaquées (ATA/624/2012 du 18 septembre 2012 ; ATA/171/2012 du 27 mars 2012).

Il semble toutefois impossible de trouver un système cohérent en persistant dans cette voie.

e. Dans le cas d'espèce, les principes posés conduiraient vraisemblablement à dénier à MM. A_____, B_____ et C_____ Y_____ la qualité de partie dans la présente procédure.

En effet, la décision ne statue, dans son dispositif, que sur la sanction disciplinaire. Pour admettre la qualité de partie des plaignants, il faudrait interpréter le dispositif de l'arrêté attaqué comme dans les arrêts précités, en relevant que c'est par omission que l'autorité n'a pas statué expressément sur la violation des droits de patients. Il n'est pas certain que ce raisonnement, tenu dans des cas où la commission avait prononcé la sanction, soit transposable lorsque le département a pris la sanction, comme dans le cas d'espèce. En effet, la commission est a priori seule compétente pour statuer indépendamment sur une telle violation, dans une décision sujette à recours, dont le patient est destinataire.

Un tel résultat serait manifestement contraire à la volonté clairement exprimée du législateur de conférer aux patients le droit de recourir contre les décisions statuant sur leurs droits de patients (art. 22 al. 1 en relation avec l'art. 7 al. 1 let. a et 22 al. 2 *a contrario* LComPS). Or, il a bien été statué, dans l'arrêté attaqué, sur la violation des droits de patients des recourants.

f. Pour remédier à ces difficultés, aussi multiples que récurrentes, il convient de changer d'orientation et de s'inspirer des principes de la procédure pénale, qui semblent plus adaptés à ce domaine particulier, tout en restant compatibles avec les exigences de la LS et de la LComPS.

En procédure pénale, la partie plaignante peut se prononcer sur la culpabilité de l'auteur mais non sur la quotité de la peine (art. 382 al. 2 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0)). Une transposition de ce principe à la surveillance des professions de la santé permet de conserver une procédure unique devant la commission chargée de l'instruction de la plainte. La possibilité de prendre une seule décision au terme de cette procédure est garantie, sous réserve des précisions nécessaires concernant l'étendue du droit de recours du patient au stade de la notification (soit l'indication que ce droit est limité pour lui aux griefs tirés de la violation de ses droits de patients ; art. 22 al. 1 et 2 LComPS). Cette décision peut être prise par l'autorité compétente (commission ou département ; art. 19 LComPS et 127 LS), sans qu'une décision préalable constatatoire doive être nécessairement prise par la commission pour préserver les droits de recours du patient, puisque l'autorité compétente (département ou commission) peut ne statuer sur ces violations que dans les motifs de sa décision. En effet, l'art. 22 al. 2 LComPS doit désormais être interprété en relation avec l'art. 22 al. 1 dans le sens où le patient peut recourir contre la décision statuant sur la sanction disciplinaire mais ne peut pas prendre de conclusions en relation avec celle-ci. Cette situation n'empêche pas la commission de prendre une décision constatatoire lorsqu'elle est compétente pour prendre également la sanction ou de prononcer une injonction à l'encontre du praticien concerné (art. 20 al. 1 LComPS). Les risques de décisions contradictoires disparaissent dans un tel système. Les objectifs d'économie de procédure sont mieux atteints. Les droits du patient sont pleinement garantis. Ceux du praticien concerné ne sont pas diminués

pour autant, le patient ne pouvant prendre de conclusions sur la sanction à prendre.

Il convient désormais d'adopter ce système et de procéder à un revirement de jurisprudence en réinterprétant l'art. 22 al. 2 LComPS en relation avec l'art. 22 al. 1 dans le sens où le patient peut désormais - à l'instar de la procédure pénale dans laquelle la partie civile peut recourir contre la culpabilité de l'auteur sans se prononcer sur la peine - recourir contre la décision prise à l'issue de la procédure disciplinaire en contestant les violations retenues, mais sans prendre de conclusions sur la sanction elle-même.

6. Les conséquences de ce revirement de jurisprudence peuvent se résumer ainsi :
 - a. Saisie d'une plainte provenant d'un patient, la commission instruit l'affaire tant sous l'angle de la violation des droits de patients que de la sanction disciplinaire. A ce stade, le patient plaignant et le professionnel de la santé incriminé sont partie à la procédure. Le droit à un traitement adéquat (soit non constitutif d'une violation des règles professionnelles) fait désormais partie des droits des patients (ATA/5/2013 du 8 janvier 2013).
 - b. A l'issue de cette procédure non contentieuse, la commission ou le département (après préavis de la commission) statue dans une seule décision indiquant la voie de recours auprès de la chambre administrative. Cette décision est notifiée au professionnel de la santé concerné et au patient ayant invoqué une violation de ses droits de patients.
 - c. Si le professionnel de la santé recourt contre cette décision auprès de la chambre administrative, le patient est partie à la procédure, mais ne peut prendre de conclusions sur la sanction adoptée. Ce dernier peut appuyer les violations retenues par l'autorité décisionnaire, mais ne peut demander à ce que d'autres violations - mêmes discutées devant la commission - soient admises, faute pour lui d'avoir recouru en temps utile. En effet, l'institution du recours joint n'existe pas dans la procédure administrative.
 - d. Si le patient recourt contre la décision, il ne peut prendre de conclusions sur la sanction, mais peut rediscuter toutes les violations de ses droits de patients invoquées devant la commission. Le professionnel de la santé est évidemment partie à cette procédure contentieuse.
7. Sur cette base, MM. A _____, B _____ et C _____ Y _____ disposent de la qualité de parties.
8. Selon l'art. 70 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

Au vu des principes exposés ci-dessus, l'ouverture de deux procédures distinctes par la chambre, dans le cas d'espèce, n'aurait pas été nécessaire.

Il sera donc procédé à la jonction des procédures A/4355/2011-PATIEN et A/4346/2011-PROF sous le numéro de cause A/4346/2011-PROF

9. Le recourant sollicite la suspension de la procédure dans l'attente qu'il soit statué sur sa "demande de révision " du 10 novembre 2011.

Le président du DIP ayant définitivement statué sur ladite demande le 24 janvier 2012 - soit avant même le dépôt du recours - la demande de suspension sera rejetée.

10. M. X_____ demande qu'une expertise soit ordonnée aux fins de démontrer qu'une psychanalyse peut regrouper des éléments analytiques et systémiques.

Il perd de vue que la commission est composée d'experts, aussi à même de donner un avis sur ce point qu'un expert extérieur.

En outre, cet élément n'influence pas l'issue du litige, ainsi qu'il sera démontré ci-après.

Pour ces raisons, il ne sera pas accédé à sa demande.

11. Une audience de comparution personnelle n'apparaît pas non plus nécessaire. En effet, les audiences tenues par la commission, ainsi que les divers échanges d'écritures ordonnés ont permis d'établir les faits de manière complète.

12. L'arrêté litigieux a été pris par l'autorité compétente, soit le DARES, bien qu'il ait été signé par le président du DIP, n'intervenant à cet égard que comme suppléant de M. Unger (art. 6 al. 1 et 127 al. 1 let. b LS).

13. Le recourant soutient que l'absence d'une audience publique devant la commission a violé son droit d'être entendu.

a. Selon l'art. 6 par. 1 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101), toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'interdiction de pratiquer touche des droits de caractère civil au sens de cette disposition (ACEDH König c. République fédérale d'Allemagne, 28 juin 1978, et H c. Belgique 30 novembre 1987).

b. Le droit à une audience publique constitue un élément du droit à un procès équitable (...). Comme l'indique la lettre de l'art. 6 par 1 CEDH, il suppose l'existence d'une « contestation » portée devant un « tribunal ». Cette disposition ne vise ainsi pas les autorités administratives qui prennent la décision initiale au terme d'une procédure non contentieuse, préalablement à toute contestation. A défaut, ce serait tout le système qui devrait être revu (procédures d'autorisation de construire, d'expropriation, de planification, de sanctions, etc).

En outre, même en procédure de recours, lorsqu'aucune audience publique a été tenue en première instance, cette lacune peut être comblée devant une instance supérieure (N. Mole et C. Harby, *Le droit à un procès équitable ; un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2e ed. par le Conseil de l'Europe 2007, consultable en ligne à l'adresse : <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/44D3E02B-BB1E-472B-885E-9F89397A1C16/0/DG2FRHRHAND032007.pdf>, p. 23). Se pose alors la question de la protection de la sphère privée, qui peut prendre le pas sur ce droit, même lorsque celui-ci est établi (art. 6 par 1 CEDH).

En l'espèce, il n'existe pas de droit à une audience publique devant la commission. Qu'elle intervienne comme autorité administrative de première instance, préalablement à toute contestation, ou comme simple autorité d'instruction, comme c'est le cas en l'espèce, elle n'est pas un tribunal au sens de l'art. 6 CEDH.

Par ailleurs, le recourant n'a pas sollicité d'audience publique devant la juridiction de céans.

Le grief tiré d'une violation de cette disposition sera ainsi rejeté.

14. M. X_____ se plaint de n'avoir pu prendre connaissance du préavis de la commission avant que la décision ne soit prise.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 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 les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1. p. 293 ; Arrêts du Tribunal fédéral 8C_866/2010 du 12 mars 2012 c. 4.1.1 ; 8C_643/2011 du 9 mars 2012 c. 4.3 et réf. citées ; 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 2.1 ; 5A_150/2010 du 20 mai 2010 consid. 4.3 ; ATA/276/2012 du 8 mai 2012 consid. 2 et les arrêts cités).

Cette garantie est précisée par l'art. 42 al. 4 LPA, qui dispose que les parties ont le droit de prendre connaissance des renseignements écrits ou des pièces que

l'autorité recueille auprès de tiers ou d'autres autorités lorsque ceux-ci sont destinés à établir des faits contestés et servent de fondement à la décision administrative.

Selon la jurisprudence constante, les préavis sont des documents internes à l'administration, qui sont préparatoires à la décision. Ils ont pour objet d'aider l'autorité compétente à se forger une opinion, souvent sur des questions techniques. Dépourvus de conséquences juridiques directes sur la situation des administrés, ils n'ont pas à être communiqués avant la prise de la décision entreprise. Aucun droit d'être entendu n'existe à leur sujet, à ce stade de la procédure (P. MOOR/E. POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, n° 2.2.5.4, p. 280), l'idée étant que leur contenu pourra être discuté dans le recours interjeté contre la décision préavisée, dans la mesure et pour autant que le préavis litigieux ait été suivi par l'autorité.

Ce grief sera ainsi rejeté.

15. La prescription doit être examinée.
- a. Sous l'angle de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (LPMéd - RS 811.11) applicable dès le 1^{er} septembre 2007, les délais relatifs de prescription de deux ans (art. 46 al. 1 LPMéd) - et donc de cinq ans (ancien droit ; ATA/283/2007 du 5 juin 2007 consid. 8 à 10) - ont été respectés, la commission ayant ouvert la procédure de sanction aussitôt après avoir reçu la plainte de M. A_____ Y_____.
- b. La prescription absolue est de dix ans sous le nouveau droit (art. 46 al. 3 LPMéd) et de sept ans et demi sous l'ancien (ATA/513/2009 du 13 octobre 2009 consid. 7 ; ATA précité). Lorsque les agissements ont eu une certaine durée, le délai part dès le jour où les agissements coupables ont cessés (art. 98 let. c du code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; CP - RS 311.0 - applicable par analogie).
- En l'espèce, les agissements incriminés ont débuté en mars 2000, date du début de la prise en charge de M. A_____ Y_____, et ont duré jusqu'à l'interruption du suivi de ce dernier et de ses enfants, en août 2009.
- La prescription absolue c'est ainsi pas acquise, ni sous l'ancien droit, ni sous le nouveau.
16. 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* lorsqu'il appert que le nouveau droit est plus favorable à la personne incriminée (ATA/197/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/182/2007 du 17 avril 2007 ; P. MOOR, op. cit., p. 171).

A l'époque des faits incriminés, soit entre le 14 février 2006, date du début de la liaison entre Mme Y_____ et M. X_____, et le 26 août 2009, date de la rupture du suivi thérapeutique des patients plaignants, plusieurs lois se sont succédées : la loi sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical du 11 mai 2001 (ci-après : aLPS) était en vigueur entre le 14 février 2006 et le 31 août 2006, aux côtés de la loi concernant les rapports entre membres de professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (aLRMPSP). A partir du 1er septembre 2006, la loi sur la santé du 7 avril 2006 (ci-après : aLS) a remplacé ces deux lois. Le 1er janvier 2007 est enfin entrée en vigueur la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (LPMéd - RS 811.11), qui dispose que les mesures disciplinaires prévues par la LPMéd ne s'appliquent pas aux faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi, mais qu'une interdiction temporaire de pratiquer à titre indépendant peut néanmoins être prononcée pour des actes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi qui constituent une violation du devoir professionnel visé à l'art. 40, let. a, si cette mesure répond à un motif impérieux de santé publique (art. 67 al. 1 et 2 LPMéd).

Les agissements reprochés (violation du secret professionnel, des règles de l'art s'agissant de la prise en charge des plaignant, de leur dignité et de leurs droits de la personnalité) sont réprimés dans la même mesure sous l'ancien droit et sous le nouveau. Le contenu des obligations y relatives n'a pas été modifié par les changements législatifs successifs.

Il en va de même du catalogue des sanctions, qui est demeuré le même.

Les développements qui suivent se fonderont ainsi conjointement sur le nouveau et sous l'ancien droit, sans qu'il soit nécessaire de trancher l'applicabilité au cas d'espèce de l'exception prévue à l'art 67 al. 2 LPMéd.

17. Le département reproche à M. X_____ d'avoir enfreint son secret professionnel.

Les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel. Ce dernier interdit aux personnes qui y sont astreintes de transmettre des informations dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession (art. 40 let. f LPMéd ; 87 al. 1 et 2 LS ; 11 LPS).

Les mesures d'instruction ordonnées par la commission ont démontré que M. X_____ avait dévoilé à plusieurs reprises des secrets confiés à lui par M. Y_____ dans le cadre de sa psychanalyse et que les propos recueillis dans les consultations nourrissaient les échanges de M. X_____ et de Mme Y_____. Le fait que celle-ci ait confirmé cette situation à la fin de la procédure, alors qu'elle était séparée de son époux et qu'elle avait renoué avec M. X_____ écarte tout

doute sur la véracité de ces déclarations. S'il a largement minimisé ces violations, M. X_____ ne les a pas lui-même exclues.

L'incapacité de M. X_____ de tracer une frontière entre les informations obtenues dans le cadre de ses consultations, protégées par le sceau du secret, et celles pouvant être utilisées dans le cadre de sa vie privée, constitue une faute grave. Elle l'est encore plus lorsque la divulgation de ces informations sert un but inverse à celui poursuivi par le patient maître du secret, qui s'est livré dans l'attente d'un soutien, comme c'est le cas en l'espèce.

18. Selon les art. 40 let a LPMéd, le médecin doit exercer son activité avec soin et conscience professionnelle. Celui qui n'agit pas de la sorte commet un agissement professionnel incorrect au sens de l'art. 108 al. 2 let. b aLPS. Les deux notions se recoupent en ce qu'elles se réfèrent implicitement au respect des règles de l'art médical.

a. Le département considère qu'il est techniquement impossible pour un thérapeute - en raison des liens créés avec le patient dans une situation de thérapie psychanalytique - d'entreprendre de telles thérapies simultanément avec plusieurs membres de la même famille. Ce raisonnement se fonde sur la difficulté, voire l'impossibilité pour le psychiatre en charge de ces suivis parallèles, de ne pas se servir des informations recueillies de l'un des patients dans le cadre de la thérapie de l'autre. De plus, le simple fait de détenir ces informations fausserait la relation thérapeutique, nuisant à la confiance mutuelle nécessaire au succès de la thérapie. Le thérapeute perdrait toute objectivité et ne pourrait conserver la neutralité requise. Enfin, dans la psychothérapie d'inspiration psychanalytique, le thérapeute devrait travailler sur la réalité telle que perçue et vécue par le patient, et non sur une réalité factuelle et objective. Il s'agirait là d'un élément essentiel et fondamental du cadre thérapeutique.

Ces arguments tiennent du bon sens. Le recourant est particulièrement mal venu d'en contester le bien-fondé, alors même qu'il est tombé dans tous les pièges que la règle énoncée a précisément pour fonction d'éviter.

b. Le département reproche à M. X_____ de n'avoir pas maîtrisé la situation de transfert vécue par sa patiente et de ne pas avoir interrompu son traitement et ceux des autres membres de sa famille si une réelle liaison amoureuse - qui n'était plus en état d'être maîtrisée - était née.

M. X_____ a admis cette erreur. Il s'est retranché derrière le fait qu'il ne savait plus comment se sortir de la situation, devenue prétendument inextricable. Il demeure incompréhensible qu'il n'ait pas, dans ce cas, saisi la chance qui lui a été donnée à plusieurs reprises, soit par Mme Y_____, soit par M. B_____ Y_____, d'accéder à leurs propres demandes d'interrompre leurs traitements. De même, il est inexplicable qu'il n'ait pas perçu que sa décision d'interrompre

lesdites thérapies pouvait se passer d'explications et être justifiées par des raisons personnelles non détaillées. Il apparaît bien plutôt que M. X_____ a délibérément choisi d'entretenir la relation thérapeutique avec tous les membres concernés de cette famille – y compris avec sa propre amante - pour des raisons financières, pour conserver le contrôle des individus placés sous son autorité ou pour ces deux raisons à la fois.

Cette infraction aux règles de l'art est avérée.

c. Le département estime qu'il n'est pas conforme aux règles professionnelles de cumuler les approches analytique et systémique dans une thérapie de type psychanalytique. Le recourant conteste cet opinion. Il s'appuie sur des échanges professionnels qu'il a eus au cours de ses formations et sur son expérience professionnelle qui l'ont amené à s'écarter de l'approche analytique classique.

La chambre administrative n'entend pas entrer dans ce débat, sinon pour relever qu'il concerne davantage la liberté d'opinion que les règles professionnelles proprement dites. Cet aspect apparaît parfaitement mineur dans le cas d'espèce et n'est pas de nature à modifier l'issue du litige, que cette violation soit admise ou non.

Cette question sera ainsi laissée ouverte.

19. M. X_____ conteste avoir porté atteinte à la dignité et aux droits de la personnalité des plaignants.

L'instruction a établi que M. X_____ avait envoyé secrètement des SMS à Mme Y_____ pendant que son mari lui livrait ses plus intimes pensées, notamment au sujet de sa vie conjugale, qui constituait l'un des motifs importants de sa démarche psychanalytique. M. X_____ savait que M. A_____ Y_____ attendait de lui une aide à cet égard. Il ne pouvait trahir cette confiance et cacher cette vérité sans attenter à la dignité de ce dernier.

L'atteinte à la dignité est une violation caractérisée des droits de la personnalité, qui comportent plusieurs aspects inhérents à la personne et, notamment, le droit au secret de la vie privée, au respect de l'honneur et de la considération ou à la libre détermination (dont celle de continuer sa thérapie en connaissance de cause ; J. ANTIPPAS, Les droits de la personnalité : de l'extension au droit administratif d'une théorie fondamentale de droit privé, Thèse Paris 2011). Ces droits ont également été violés sous ces derniers aspects par M. X_____, à l'égard de M. A_____ Y_____.

Il en va de même s'agissant de MM. B_____ et C_____ Y_____, qui ont éprouvé un sentiment de grande trahison et exprimé qu'ils n'auraient jamais continué à se confier à M. X_____ s'ils avaient su qu'il entretenait une relation intime avec leur mère.

Ce grief sera ainsi écarté.

20. Selon l'art. 127 al. 1 let. b LS, le département est compétent pour prononcer une interdiction de pratiquer une profession de la santé, à titre temporaire, pour six ans au plus, en cas de violations des règles professionnelles.
21. La quotité de la sanction doit respecter le principe de la proportionnalité, selon lequel une mesure restrictive doit être 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 références 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'intéressée. Enfin, elle doit prendre en considération les effets de la mesure sur la situation particulière du recourant.

En l'espèce, la sanction infligée est clémente au regard des violations dont la gravité a été confirmée. Ces infractions ont été commises à l'égard de trois personnes dont le sort n'était pas nécessairement lié, sans qu'aucune circonstance atténuante ne puisse valablement entrer en ligne de compte. Les avantages financiers importants obtenus par M. X_____ du fait du maintien du lien thérapeutique aggravent encore, si faire se peut, la culpabilité du recourant.

La chambre administrative ne pouvant procéder à une *reformatio in peius* de la décision entreprise, la sanction prononcée sera confirmée.

22. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.
23. Un émoulement de CHF 2'000.- sera mis à la charge de M. X_____, qui succombe. Une indemnité de CHF 4'500.- conjointe sera allouée à MM. A_____, B_____ et C_____ Y_____, à la charge de M. X_____ (art. 87 LPA).

Projet

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

Préalablement :

joint les causes A/4355/2011-PATIEN et A/4346/2011-PROF sous le numéro de cause A/4346/2011-PROF ;

dit que Messieurs A_____, B_____ et C_____ Y_____ ont la qualité de parties dans la procédure A/4346/2011-PROF ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 décembre 2011 par Monsieur X_____ contre l'arrêté du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé du 15 novembre 2011 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de M. X_____ un émolument de CHF 2'000.- ;

alloue une indemnité conjointe de CHF 4'500.- à Messieurs A_____, B_____ et C_____ Y_____, à la charge de M. X_____ ;

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 Romain Jordan, avocat du recourant, à Me Mike Hornung, avocat de Messieurs A_____, B_____ et C_____ Y_____, ainsi qu'au département des affaires régionales, de l'économie et de la santé.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :