

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3674/2015-PROF

ATA/1245/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 16 novembre 2015

sur effet suspensif et mesures provisionnelles

dans la cause

Madame A_____

représentée par Me Serge Pannatier, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'EMPLOI, DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA
SANTÉ**

Attendu, en fait, que :

- 1) Madame A_____ (ci-après : la doctoresse) est une ressortissante allemande, née le ____ 1964, qui a une formation de médecin ophtalmologue. Elle pratique dans ce domaine depuis 1991 et est autorisée à exercer la profession de médecin dans le canton de Genève depuis le 25 juin 2003. En 2006, elle a repris la clinique ophtalmologique B_____, sise _____ rue de C_____ à Genève. Elle s'est spécialisée dans la chirurgie de l'œil, plus spécialement dans l'opération de la cataracte.
- 2) Le 1^{er} avril 2015, le médecin cantonal, rattaché à la direction générale de la santé (ci-après : DGS) du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : le département) a pris une décision provisionnelle au sens de l'art. 127 al. 7 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03), d'interdire à Mme A_____ de pratiquer tout acte chirurgical et de limiter en conséquence son droit d'exercer la profession de médecin spécialiste en ophtalmologie. Le dossier était transmis à la commission de surveillance des professions de la santé (ci-après : ComPS) pour préavis ou décision. La mesure d'interdiction provisionnelle resterait en vigueur jusqu'à droit jugé sur le fond des procédures en cours.
- 3) Cette mesure provisionnelle était consécutive au dépôt de trois plaintes de patients sur lesquels la doctoresse avait pratiqué une opération de la cataracte qui avait conduit chez chacun d'eux à une perte de la vision d'un œil.

La décision du médecin cantonal rappelait qu'il était possible à l'intéressée de recourir contre celle-ci dans un délai de dix jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Mme A_____ n'a pas fait usage de cette faculté.
- 4) À l'issue de l'instruction des trois plaintes, la COMPS a proposé au département le 30 avril 2015 de prononcer le retrait de l'autorisation de pratique de Mme A_____.
- 5) Par arrêté du 15 septembre 2015, le département a retiré à l'intéressée l'autorisation de pratiquer la chirurgie. Un arrêté fixant les dates du retrait de ladite autorisation serait publié dans la feuille d'avis officielle du canton de Genève (ci-après : la FAO), une fois que l'arrêté serait définitivement exécutoire.
- 6) Par acte du 19 octobre 2015, la doctoresse a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'arrêté précité, concluant sur le fond à son annulation. Elle contestait les griefs qui lui étaient reprochés, se prévalait d'une violation de son droit d'être entendu et sollicitait que soit ordonnée une expertise.

Préalablement, elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif « en tant que de besoin » au recours formé contre la décision du 15 septembre du département qu'elle attaquait. Celui-ci n'avait pas ordonné l'exécution nonobstant recours de sa décision, mais il n'avait pas précisé si celle du médecin cantonal du 1^{er} avril 2015 lui interdisait de pratiquer tout acte chirurgical pendant la procédure de recours contre l'arrêté du département.

Elle partait du principe que dite décision continuait à déployer ses effets, raison pour laquelle elle sollicitait la restitution de l'effet suspensif. Il lui serait extrêmement dommageable de se voir retirer son autorisation de pratiquer la chirurgie et de voir cette interdiction publiée dans la FAO. Le taux de complications à la suite des opérations qu'elle pratiquait n'était pas plus élevé que la moyenne et ne constituait pas un danger pour la santé publique, alors que l'interdiction de pratiquer constituait une atteinte très grave à ses intérêts, qu'ils soient liés à sa notoriété ou à ses intérêts financiers.

- 7) Le 12 novembre 2015, le département a conclu au rejet de la requête dans la mesure de sa recevabilité. Son arrêté du 15 septembre n'avait pas été déclaré exécutoire nonobstant recours. Il ne voyait pas quel effet suspensif pouvait donc être restitué à la décision. En revanche, la décision du médecin cantonal du 1^{er} avril 2015 était exécutoire. Cette mesure provisionnelle déployait ses effets jusqu'à ce qu'il soit tranché de manière définitive dans la décision finale que constituait l'arrêté qui venait d'être pris.

Considérant, en droit, que :

- 1) La présidence de la chambre administrative est compétente en matière de prononcé de mesures provisionnelles dont la restitution de l'effet suspensif fait partie (art. 7 al. 1 du règlement de la chambre administrative du 21 décembre 2010).
- 2) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif (art. 66 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

L'autorité décisionnaire peut toutefois ordonner l'exécution immédiate de sa propre décision, nonobstant recours, tandis que l'autorité judiciaire saisie d'un recours peut, d'office ou sur requête, restituer l'effet suspensif à ce dernier (art. 66 al. 2 LPA).

- 3) Au-delà de la question d'une restitution ou non de l'effet suspensif au recours, l'autorité peut d'office ou sur requête, à teneur de l'art. 21 al. 1 LPA ordonner d'autres mesures provisionnelles en exigeant au besoin des sûretés. Il s'agit de toute mesure qui aurait ont pour objet de régler transitoirement la situation en cause, jusqu'à ce que soit prise la décision finale (Pierre MOOR, n° 2.2.6.8 p. 267).
- 4) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par le tribunal de céans, les mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet

suspensif – ne sont légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche, elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/1110/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3 ; ATA/997/2015 du 25 septembre 2015 consid. 3; ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HAENER, *Vorsorgliche Massnahmen, in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, 265*)).

- 5) Parmi les différents types de mesures provisionnelles, l'effet suspensif vise à maintenir une situation donnée. Il n'a pas pour objectif de créer un état correspondant à celui découlant du jugement au fond. Il ne peut donc que concerner une décision administrative positive, soit une décision qui impose une obligation à l'administré, qui le met au bénéfice d'une prérogative ou qui constate l'existence ou l'inexistence d'un de ses droits de l'une de ses obligations (Cléa BOUCHAT, *L'effet suspensif en procédure administrative*, 2015, p. 104 n. 278). En procédure administrative, cela correspond à une décision au sens de l'art. 4 al. 1 let. a ou b LPA.
- 6) En revanche, l'effet suspensif est inopérant lorsque le recours est dirigé contre une décision à contenu négatif, soit contre une décision qui rejette ou déclare irrecevable une demande tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations, soit une décision au sens de l'art. 4 al. 1 let. c LPA. Ainsi que la doctrine et la jurisprudence le rappellent, la fonction de l'effet suspensif est de maintenir un régime juridique prévalant avant la décision contestée. Si, sous le régime antérieur, le droit ou le statut requis n'existait pas, l'effet suspensif ne peut être restitué en cas de refus car cela reviendrait à accorder au recourant d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié (ATF 127 II 132 ; 126 V 407 ; 116 Ib 344 ; ATA/354/2014 du 14 mai 2014 consid. 4 ; ATA/87/2013 du 18 février 2013 ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^{ème} éd., 2010, n. 1800 ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, *Droit administratif*, vol. 2, 3^{ème} éd., 2010, n. 5. 8. 3. 3 p. 814).
- 7) Une décision imposant une obligation à son destinataire ou constituant une injonction à son égard, ou lui interdisant d'adopter un certain comportement, ou lui retirant une prérogative à laquelle il ne peut plus prétendre, ou supprimant une relation juridique, constitue, non pas une décision négative, mais une décision positive défavorable à ce dernier. Un recours contre une telle décision déploie donc un effet suspensif automatique en vertu de l'art. 66 al. 1 LPA, à moins que l'autorité administrative n'ait décidé de le retirer (Cléa BOUCHAT, *op. cit.*, p. 106 n. 282).

- 8) En cas d'activités d'un professionnel de la santé contraires à la LS, le département est fondé à engager une procédure visant à faire cesser l'état de fait illégal (art. 126 LS). En outre, la LS prévoit la possibilité d'infliger des sanctions disciplinaires aux professionnels de la santé (art. 127 al. 1 LS), aux institutions de santé (art. 127 al. 3 LS) ainsi qu'aux personnes exerçant des pratiques complémentaires (art. 127 al. 4 LS).
- 9) a. Selon l'art. 127 al. 3 LS, les autorités compétentes pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'encontre des exploitants et des responsables des institutions de santé sont les suivantes :
- a) La ComPS, s'agissant des avertissements, des blâmes et des amendes jusqu'à CHF 50'000.- ;
 - b) le département, s'agissant de la limitation ou du retrait de l'autorisation d'exploitation, de la limitation ou du retrait des autorisations en matière de produits thérapeutiques ;
 - c) le médecin cantonal et le pharmacien cantonal, s'agissant d'amendes n'excédant pas CHF 10'000.-.
- b. Selon l'art. 127 al. 7 LS, des mesures provisionnelles peuvent être prises contre des institutions de santé pendant la durée de la procédure disciplinaire par le département ou, sur délégation, par le médecin cantonal ou le pharmacien cantonal, permettant de limiter l'autorisation d'exploiter, l'assortir de charges ou la retirer. Par là, cette disposition légale prévoit un système particulier dans lequel, pendant la durée d'une procédure disciplinaire, et jusqu'à l'issue de celle-ci, une autre autorité que l'autorité qui statue sur le fond peut prendre des mesures provisoires permettant de moduler le droit de pratique, voire de le retirer provisoirement jusqu'à droit jugé.
- 10) En l'espèce, on comprend, au-delà des conclusions formelles prises par la recourante, qu'elle cherche à récupérer son droit de pratique complet sans attendre l'issue de la procédure.

La décision de retrait de l'autorisation de pratique attaquée a été prise par le département en application des art. 127 al. 1 let. b et 128 al. 1 let b et 2 LS. Suivant la doctrine précitée, elle doit être qualifiée de décision positive défavorable à la recourante. Dans la mesure où cette autorité ne l'a pas déclarée exécutoire nonobstant recours, celle-ci ne déploie pas d'effet jusqu'à droit jugé définitif sur le fond. Toutefois, dans la mesure où des mesures provisionnelles ont été instaurées depuis le 1^{er} avril 2015 et pour la durée de la procédure par le médecin cantonal, soit par une autre autorité que celle qui a pris la décision attaquée, l'effet de ces mesures, qui sont en force et n'ont pas été remises en question par le département dans la décision attaquée, perdurent jusqu'à l'issue définitive de la procédure disciplinaire. Dès lors, dans la situation actuelle, la recourante reste interdite de pratiquer tout acte

chirurgical et reste limitée en conséquence dans son droit d'exercer la profession de médecin spécialiste en ophtalmologie, jusqu'à droit jugé définitif dans la présente procédure. En revanche, du fait de l'effet suspensif rattaché au présent recours, tant que celui-ci n'aura pas été tranché définitivement, la mesure disciplinaire prise à l'encontre de la doctoresse ne peut faire l'objet d'aucune publication dans la FAO, comme annoncé par l'autorité intimée.

- 11) Bien que la recourante ne se soit pas prévalu de l'art. 21 LPA, on pourrait interpréter sa requête comme visant à obtenir de l'autorité de recours, par une nouvelle décision provisionnelle prise dans le cadre de la présente procédure, la restitution de son droit de pratique complet, pendant la durée de celle-ci. Une telle requête ne pourrait que lui être refusée. Indépendamment de la question de savoir si la chambre de céans aurait la compétence de remettre en question la décision du médecin cantonal du 1^{er} avril qui est en force, l'acceptation d'une telle requête reviendrait à restituer à la recourante un droit dont elle ne bénéficie plus et dont l'autorité entend la priver définitivement, en lui accordant provisoirement ce qu'elle recherche sur le fond, ce que proscriit la jurisprudence rappelée ci-dessus en matière de mesures provisionnelles. En outre, vu les problèmes de santé publique qui sont en jeu, une pesée des intérêts nécessiterait de faire prévaloir l'intérêt public sur l'intérêt privé, étant rappelé qu'en l'espèce les risques liés à l'image professionnelle de la recourante sont très faibles en raison de l'absence de publication.
- 12) La demande de la recourante sera ainsi rejetée et les frais de la procédure réservés jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette la requête de Madame A_____ traitée comme demande de restitution de l'effet suspensif ou de mesures provisionnelles ;

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

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Serge Pannatier, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé.

Le vice-président :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :