

du 8 juin 2004

dans la cause

Madame S. _____

contre

DÉPARTEMENT DE L'ACTION SOCIALE ET DE LA SANTÉ

et

Monsieur B. _____

représenté par Me Michel d'Alessandri, avocat

EN FAIT

1. Madame _ S._____ _ a suivi un traitement de physiothérapie chez Monsieur ___ B._____ de 1994 à août 2000, prescrit suite à une opération par le Dr Koppany Kisfaludy, médecin traitant de l'intéressée, consistant en un drainage lymphatique. M. B._____ l'a complété spontanément par un traitement du dos et de la région lombaire mettant en oeuvre des techniques manuelles spécifiques. Le nombre des consultations s'est élevé à 25 ou 30 par année, toujours sur prescription du Dr Kisfaludy.

Au fil des consultations, Mme S._____ _ et M. B._____ ont parlé de leurs situations personnelles respectives. Ils ont envisagé de faire du sport avec leurs conjoints, ou de partir en vacances dans le même lieu.

2. Selon Mme S._____ _, M. B._____ a eu, dès le début du traitement, des gestes qui lui paraissaient déplacés (sexe collé contre son corps, notamment). S'exprimant très mal en français, appréciant hautement l'aide et les menus conseils qu'il lui donnait et extrêmement gênée par la situation, elle n'a jamais osé aborder le sujet avec le physiothérapeute.

3. Fin 1998, lors d'un massage du dos, M. B._____ a brutalement pénétré son anus avec un doigt. Suite à sa vive réaction et à sa demande de cesser de tels gestes, M. B._____ s'est mis en colère et a prétendu qu'il avait le droit de pénétrer le vagin ou l'anus de ses patients dans un cadre thérapeutique. Il a ajouté que ces faits ne devaient pas sortir de son cabinet et qu'il ne fallait surtout pas en parler à sa femme.

4. Suite à cela, Mme S._____ _ a écrit le 17 décembre 1998 au "Docteur Doria Schmid" qui tient une rubrique dans le journal "GHI". Elle a exposé la confiance qu'elle avait placée en son physiothérapeute, la difficulté qu'elle avait eu à réagir et ses doutes quant au caractère thérapeutique d'une pénétration anale dans le cadre de son traitement. Elle demandait si, comme le prétendait son thérapeute, elle se faisait des idées, ou si au contraire elle avait raison de penser que ces gestes étaient inadmissibles. Elle n'a cependant pas écouté la recommandation que lui a faite "Doria" de ne

plus retourner dans ce cabinet.

Dans l'espoir que la situation s'améliore, Mme S. _____ a continué son traitement chez M. B. _____. Celui-ci était devenu, selon ses dires, plus brutal avec elle, mais les gestes déplacés plus rares et moins manifestes.

5. M. B. _____ a contesté toutes les allégations de Mme S. _____, en particulier avoir frotté son sexe contre son corps et avoir pénétré son anus avec un doigt lors d'un massage, sans y opposer une autre version des faits.
6. En avril 2000, le mari de Mme S. _____ a reçu un appel téléphonique anonyme. Son téléphone ayant affiché le numéro appelant, il s'est avéré que l'appel venait de la ligne de Monsieur _____ et Madame _____ S. _____, anciens locataires de M. B. _____ et habitant le même village que lui. La personne a répété plusieurs fois : "Votre femme est hongroise et vous trompe". Les téléphones anonymes se reproduisant, Mme S. _____ a tenté, sur conseil de la police, de trouver une solution amiable avec les époux S. _____, mais sans succès. Lors d'une conversation, M. S. _____ a mentionné avoir parlé de Mme S. _____ avec un ami, M. B. _____. En août 2000, celle-ci a laissé entendre à son physiothérapeute qu'elle le considérait comme l'instigateur des appels anonymes. Il a alors mis fin au traitement.
7. Depuis lors, la situation a évolué de la manière suivante : Mme S. _____ s'est adressée à plusieurs reprises, de vive voix et par courrier, à l'épouse de M. B. _____; elle a voulu obtenir un rendez-vous que M. B. _____ lui a refusé. Le 17 novembre 2000, elle s'est imposée au cabinet de celui-ci pour attester du paiement de sa dernière facture d'honoraires. Le 4 décembre, il a déposé une plainte pour violation de domicile, classée sous réserve de réitération. En janvier 2001, Mme S. _____ a proposé, en vain, aux époux B. _____ d'entreprendre une médiation. Les appels téléphoniques ont perduré jusqu'en septembre 2001.
8. Le 2 novembre 2001, Mme S. _____ s'est adressée au centre LAVI. Elle a bénéficié de 5 séances de psychothérapie prises en charge par ledit centre, de novembre à décembre 2001.
9. Le 12 novembre 2001, Mme S. _____ a croisé, dans

un centre commercial, le couple S._____. Mme S._____ a crié à son mari: "Regarde, c'est elle!", attirant sur la recourante les regards de toutes les personnes présentes.

10. La recourante a été brisée par cet incident qui survenait après des mois d'angoisses et d'insomnies. Selon elle, le fait d'avoir parlé ouvertement à M. B._____ de ses gestes déplacés lui a valu d'être harcelée par téléphone, ridiculisée dans un lieu public et dénoncée en justice.

En conséquence, par acte du 7 décembre 2001, Mme S._____ s'est plainte à la commission de surveillance des professions de la santé (ci-après : la commission de surveillance) d'agissements non professionnels et de violation du secret professionnel par M. B._____.

11. M. B._____ a contesté tous les griefs soulevés par Mme S._____ : il n'y a eu ni gestes déplacés, ni attitude brutale de sa part, ni confidences, ni violation du secret professionnel en parlant d'elle aux époux S._____. Les allégations de la recourante étaient largement contredites par le fait qu'elle avait, pendant six ans, poursuivi son traitement chez lui.

12. La sous-commission F de la commission de surveillance a instruit l'affaire. Elle n'a pas jugé utile d'entendre oralement les parties, "vu la précision des écrits des parties".

13. Par décision du 27 février 2003, le département de l'action sociale et de la santé (ci-après : le département) a rendu une décision de clôture du dossier. Les faits n'étant pas établis, aucune violation de 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) ou de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987 (LPSP - K 1 80) ne pouvait être constatée. Ce faisant, il a suivi le préavis de la commission de surveillance du 13 février 2003, qui a constaté qu'en l'absence de témoin ou de preuve, il était impossible d'établir que M. B._____ aurait eu des gestes déplacés, et qu'il était également impossible de prouver que celui-ci ait communiqué des informations couvertes par le secret professionnel aux époux S._____.

14. Par courrier du 27 mars 2003, Mme S. _____ a interjeté recours contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif. Elle se plaint du fait que la commission n'ait pas entendu les parties, comme elle l'avait instamment demandé, ainsi que de la lenteur avec laquelle le dossier a été traité. Elle conclut à la réouverture de la cause et à une audition lui permettant de s'exprimer face à M. B. _____ sur ses agissements.

15. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 3 octobre 2003. Elles ont maintenu leur version des faits. la recourante a expliqué notamment avoir poursuivi les traitements malgré les faits qu'elle avait ultérieurement dénoncés, car elle avait le sentiment d'avoir établi un lien de confiance avec l'intimé. Elle a exposé encore lui reprocher d'avoir donné des renseignements la concernant à des tiers, M. et Mme S. _____.

16. Le 14 novembre 2003, trois personnes ont été entendues.

a. M. Koppány Kisfaludy, médecin traitant de la recourante, a été entendu en qualité de témoin. De langue maternelle hongroise comme la recourante, il a relevé qu'il n'y avait pas d'obstacle linguistique entre eux. Il a également remarqué la discrétion de sa patiente, lorsqu'elle lui a fait part des problèmes rencontrés dans le cadre du traitement de physiothérapie, parlant à demi-mot et sans mentionner le nom du thérapeute. Il a expliqué que les médecins admettaient que les physiothérapeutes complètent spontanément le traitement qu'ils prescrivent, pour améliorer le confort du patient. Dans le cadre d'un drainage lymphatique, il n'était pas absurde de traiter les ganglions de l'aîne.

De manière générale, Mme S. _____ n'était pas fondamentalement dépressive. C'était une personnalité angoissée et le Dr Kisfaludy lui avait parfois prescrit des anxiolytiques ou des antidépresseurs. Elle avait également suivi une psychothérapie entre 1995-1996.

b. Mme Arlette Senn-Borloz, psychologue, a également été entendue en qualité de témoin. Elle avait suivi Mme S. _____ en 2001, puis en 2003, chaque fois pour cinq séances de psychothérapie prises en charge par le centre d'aide aux victimes d'infraction (ci-après : centre LAVI).

Les consultations étaient motivées par le comportement inapproprié, de nature sexuelle, de son physiothérapeute. Mme S. _____ _ présentait un syndrome de stress post-traumatique, lié à la relation avec son physiothérapeute. La recourante lui avait relaté un épisode de pénétration anale par la main et un contact avec le sexe en érection du thérapeute. Selon la psychologue, Mme S. _____ _ se trouvait dans la situation de dépendance de la personne allongée et dévêtue sur une table de traitement. Elle avait dit se sentir paralysée et n'avoir pas réussi à exprimer son refus.

Mme Senn-Borloz a été tout à fait affirmative quant à la sincérité et la clarté des propos de sa patiente. Elle a par ailleurs été frappée par la constance des déclarations, l'absence de volonté de vengeance et le courage manifestés par la recourante, alors même qu'elle présentait des signes de revictimisation liés à la procédure engagée et qu'elle avait une personnalité qui tendait à vouloir arranger les choses.

c. Mme ____B._____, épouse du physiothérapeute mis en cause, a été entendue à titre de renseignement. Elle a dit avoir reçu une fois Mme S. _____ _ chez elle, celle-ci souhaitant l'avertir d'ennuis menaçant son mari. Elle lui a parlé de son attachement au physiothérapeute, de téléphones anonymes, des époux S. _____, mais n'a pas fait mention de gestes déplacés. Par la suite, plusieurs appels téléphoniques ont été reçus par les époux B. _____, dont ils soupçonnaient Mme S. _____ _ d'être l'auteur.

17. Le 9 janvier 2004, les époux S. _____ ont été entendus en qualité de témoins à la demande de M. B. _____.

a. M. S. _____ a confirmé avoir été locataire de M. B. _____ et avoir été une fois son patient. Le téléphone anonyme reçu par Mme S. _____ _ en provenance de son domicile devait être attribué à sa fille de 15 ans, qui avait selon lui composé un numéro au hasard. Il a également déclaré que M. B. _____ ne lui avait jamais confié de secrets médicaux concernant la recourante.

b. Mme S. _____ a parlé dans les mêmes termes que son mari du numéro de téléphone composé par sa fille. Elle avait appris que Mme S. _____ _ était patiente de M. B. _____ par le biais de Mme B. _____.

M. B. _____ lui-même ne lui avait confié aucun secret à son sujet. Elle confirmait avoir rencontré la recourante à la Migros et l'avoir désignée à son mari.

18. Le 9 janvier 2004, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger. Elles ont néanmoins encore nanti le Tribunal de pièces ayant trait au paiement de factures de physiothérapie.

Le 16 janvier 2004, il leur a été rappelé que la cause avait été gardée à juger.

EN DROIT

1. Adressé le 27 mars 2003 à la commission de surveillance des professions de la santé et communiqué par celle-ci au Tribunal administratif en vertu de l'article 64 alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10), le recours est recevable de ce point de vue (art. 10 al. 4 LPSP; 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a LPA).

Il est de jurisprudence que le patient peut demander à ce que la violation de ses droits garantis par la LPSP soit reconnue (ATA M. du 25 septembre 2001); en revanche, des conclusions tendant au prononcé d'une sanction, privilège étatique, seraient irrecevables (eodem loco).

La recourante demande à ce que son désaccord avec le comportement allégué de l'intimé soit reconnu. Elle conclut ainsi à ce que le Tribunal constate qu'elle a été privée des droits que lui confère l'article 9 LPSP. De telles conclusions sont recevables.

2. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel (ATF 120 Ib 379 consid. 3b p. 383; 119 Ia 136 consid. 2b p. 138 et les arrêts cités). La décision entreprise pour violation de ce droit n'est toutefois pas nulle, mais annulable (ATF 122 II 154 consid. 2d p. 158), si l'autorité de recours jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que celle intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (ATF 120 V 357 consid. 2b

p. 363; 118 Ib 269 consid. 3a p. 275-276; 117 Ib 64 consid. 4 p. 87; 116 Ia 94 consid. 2 p. 96; 114 Ia 307 consid. 4a p. 314; en droit genevois: cf. art. 61 al. 2 LPA; P. MOOR, Droit administratif: les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.4 p. 190). Tel que garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, en vigueur depuis le 1er janvier 2000 (RS 101), il comprend 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 (ATA W. du 2 décembre 2003, consid. 2a et les références citées). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas cependant 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 (ATF A. du 7 octobre 2003, cause 2P.200/2003, consid. 3.1; ATA D. du 2 mars 2004; B. du 13 janvier 2004 consid. 2). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant; il suffit que le juge discute de ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 121 I 54 consid. 2c p. 57; ATF n.p. C. du 19 juin 1997; ATA P. du 24 juin 1997).

En l'espèce, la commission de surveillance n'a procédé à aucun acte d'instruction, se contentant de recevoir, le 10 décembre 2001 la plainte de la recourante, le 22 janvier 2002 la réponse de l'intimée, avant qu'une décision ne soit rendue le 3 mars 2003, qui n'est fondée sur aucun acte visant à l'éclaircissement des faits. Quant au tribunal de céans, il a entendu la recourante, le thérapeute intimé ainsi que cinq témoins, soit l'épouse de ce dernier, ainsi que leurs deux anciens locataires, le médecin traitant de la recourante et la psychologue à laquelle elle avait été adressée par le centre LAVI. Le tribunal a écarté toutefois l'audition d'un ultime témoin, une autre patiente de l'intimé.

Considérant de surcroît les mémoires déposés par les parties ainsi que les pièces dont elles se prévalent, la cause est en état d'être jugée utilement.

3. En matière administrative, les faits doivent en principe être établis d'office et, dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle procède à cette recherche, les règles sur la répartition du fardeau de la preuve ne s'appliquent pas. Il n'en demeure pas moins que, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'article 8 CC est applicable par analogie. Pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe à celui qui entend se prévaloir de ce droit (ATF 112 Ib 67; P. MOOR, op. cit., vol. II, p. 178; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème éd., 1991, no 2021; et les références citées).

Les faits reprochés par la recourante à l'intimé n'ont eu aucun témoin direct. Il appartient donc au juge d'établir ceux-ci à partir des témoignages notamment de personnes à qui ceux-ci, s'ils étaient avérés, auraient pu être relatés. La jurisprudence du Tribunal fédéral lui reconnaît à cet égard un large pouvoir d'appréciation (Arrêt du Tribunal fédéral X. du 23 mai 2003 2P.68/2003, consid. 3.2 et les arrêts cités).

a. L'épouse de l'intimé a relaté une visite que lui avait faite la recourante. Celle-ci avait laissé à celle-là l'impression d'un mal être.

b. Les anciens locataires de l'intimé, de 1994 à 1996, ont exposé avoir eu connaissance du nom de la recourante par le biais de l'épouse de l'intimé. Ils ont soutenu que si leur propre fille avait appelé la recourante par téléphone, c'était en composant un numéro au hasard. Il était également exact qu'ils avaient rencontré la recourante à une reprise dans un commerce.

c. Le médecin traitant de la recourante a également été entendu. Il communiquait en hongrois, leur langue maternelle commune, avec sa patiente. Cette dernière souffrait tant de douleurs chroniques de la colonne vertébrale que d'épisodes dépressifs. Elle avait d'ailleurs suivi une psychothérapie en 1995-1996. Elle connaissait souvent des angoisses, avait souffert en 1994 d'une pancréatite et avait été l'objet d'une laparoscopie pratiquée pour l'ablation de calculs et de la vésicule. Deux des trois orifices ainsi faits s'étaient surinfectés et devant un tel tableau clinique, un drainage lymphatique pouvait être utile. Il n'était dès lors pas absurde de traiter des ganglions notamment dans le pli de l'aîne.

Interrogé sur ce point, l'intimé a déclaré avoir traité Mme S. _____, toujours sur la base d'ordonnances médicales du Dr Kisfaludi, à raison de 25 à 30 traitements annuels, dès 1994.

Le médecin traitant a encore exposé n'avoir jamais été informé des plaintes de la recourante vis-à-vis de l'intimé, mais avoir tout au plus constaté des réticences de l'intéressée vis-à-vis des thérapies physiques, sans pour autant noter cette observation dans son dossier.

d. Mme Arlette Senn-Borloz, psychothérapeute, a également été entendue. Elle avait reçu à sa consultation en 2001 Mme S. _____, qui lui avait été adressée par le centre LAVI. Elle avait été alors mise à la porte de manière déplaisante par un physiothérapeute à qui elle voulait montrer qu'elle n'était plus sa débitrice. Mme S. _____ avait alors confié à la psychothérapeute qu'elle avait eu le sentiment d'avoir été approchée de manière inappropriée sur le plan sexuel par ce physiothérapeute. Il y avait eu là un événement traumatisant et l'intéressée avait fait état de tremblements incohérents, d'insomnies, de pensées récurrentes, de difficultés de concentration, de trous de mémoire, d'irritabilité, de peur et de sentiments de ne pas être entendue. La patiente avait relaté deux épisodes, soit un mouvement de pénétration de l'anus par la main lors d'un massage du dos et, d'autre part, un contact avec le sexe en érection du physiothérapeute.

Elle se trouvait dans une situation de dépendance, propre à celui ou à celle allongé(e) et dévêtu(e) sur une table de traitement. Elle avait eu de la peine à exprimer immédiatement son refus par rapport à cette situation, se sentant paralysée. La psychothérapeute a encore déclaré n'avoir eu aucune raison de mettre en doute les déclarations de sa patiente, celle-ci étant totalement dénuée de volonté de vengeance, tendant à arranger les choses, quoique faisant preuve du courage nécessaire pour reprendre la procédure qui la mettait dans une position délicate.

4. À l'issue des enquêtes, le tribunal de céans considère qu'il peut faire fond tant sur les déclarations de la recourante que sur celles de la psychothérapeute à laquelle elle avait été adressée par le centre LAVI.

Malgré ses difficultés à s'exprimer en langue

française, la recourante a décrit de manière constante deux épisodes soit un ayant trait à une pénétration anale et un autre au cours duquel son corps avait été mis en contact avec le sexe en érection du physiothérapeute. Le récit fait au tribunal concorde avec la teneur des entretiens avec une psychothérapeute, qui a été entendue. On ne note ni multiplication des épisodes, ni amplification des faits reprochés, ni incohérence ou variation dans le récit. La recourante, dès qu'elle a saisi la commission de surveillance par pli reçu par cette dernière le 10 décembre 2001, a souhaité obtenir la reconnaissance des faits qu'elle dénonce et elle n'a pas varié dans cette attitude.

5. On notera encore que les explications données au tribunal par les témoins anciens locataires de l'intimé paraissent dénués de substance. Il est en effet tout à fait improbable que la fille de ces derniers ait pu composer par hasard le numéro de téléphone de la recourante alors même qu'elle connaissait des détails de la vie de cette dernière, soit notamment qu'elle était mariée et que le hongrois était sa langue maternelle. C'est bien plutôt parce que l'intimé a dû informer son épouse de l'identité de sa patiente que le nom de cette dernière a été livré à des tiers, ce qui a donné lieu aux appels téléphoniques relatés plus haut, comme l'un des témoins l'a reconnu. Sur cette question également, les explications de l'intimé, comme ses dénégations concernant les faits de la cause, ne paraissent pas crédibles, notamment parce qu'aux déclarations précises de son ancienne patiente, il oppose des dénégations en bloc, sans être en mesure d'apporter des réponses satisfaisantes sur certains éléments qui concernent la connaissance qu'avaient des tiers, soit son épouse et ses anciens locataires, des faits concernant la recourante.

6. Dans la pesée des différentes déclarations, à laquelle le Tribunal doit procéder, il apparaît que les déclarations de la recourante sont rendues crédibles notamment par les témoignages de la psychothérapeute qui l'a suivie et des anciens locataires de l'intimée. Même si le premier témoin n'avait pas pour mission de s'interroger sur la crédibilité des déclarations de sa patiente, il a donné des raisons convaincantes pour tenir établis les faits reprochés à l'intimé, qui se sont déroulés à tout le moins jusqu'à la fin de l'année 1998. S'agissant des anciens locataires, les explications données quant à leur connaissance de la personne de la recourante sont dénuées de substance.

Il y a donc lieu d'admettre que la recourante a été la victime de gestes inappropriés, en violation de l'article 9 LPSP et que l'intimé a violé le secret professionnel auquel il est tenu par l'article 11 LPS.

7. Il n'appartient pas au Tribunal administratif d'examiner la question de savoir si les conditions d'une éventuelle sanction disciplinaire pourraient être réunies à l'égard de l'intimé. Le dossier sera renvoyé sur ce point à l'autorité qui a pris la décision attaquée, soit le département de l'action sociale et de la santé.
8. La recourante, qui obtient gain de cause, n'a pas droit à une indemnité de procédure, faute de conclusions en ce sens et parce qu'elle n'a pas exposé de frais particuliers.

Les frais d'enquêtes, soit les taxes payées aux témoins par CHF 480.-, seront laissées à la charge de l'État. L'arrêt sera transmis pour information à Monsieur le Procureur général.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 mars 2003 par Madame _ S._____ _ contre la décision du département de l'action sociale et de la santé du 27 février 2003;

au fond :

admet le recours dans le sens des considérants;

renvoie le dossier à la commission de surveillance des professions de la santé pour nouvelle décision au sens des considérants;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

laisse les frais d'enquêtes par CHF 480.- à la charge de l'État;

communique le présent arrêt à

Madame _ S._____ _ ainsi qu'au département de l'action sociale et de la santé et à Me Michel d'Alessandri, avocat de l'intimé, et pour information à Monsieur le Procureur général.

Siégeants : M. Paychère, président, Mme Bovy, M. Schucani, Mme Hurni, M. Thélin, juges.

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

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme N. Mega