

## **GE\_GERICHTE ATA/60/2010 vom 3. Februar 2010**

GE Cour de justice, 2010-02-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_60\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_60_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATA/60/2010 du 3 février 2010

IT: GE\_GERICHTE ATA/60/2010 del 3 febbraio 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal administratif est l'autorité de recours ordinaire contre les décisions des autorités administratives (art. 56A al.1 et 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05), dont font partie tant le service du pharmacien cantonal que la DGS (art. 5 let. de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

#### **E. 2**

Au sens de l'art. 4 LPA sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).

En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art.

#### **E. 5**

L'art. 95 ch. 1 de la Cst. attribue à la Confédération une compétence législative très générale en matière d'exercice des activités lucratives privées. Il s'agit d'une compétence concurrente à celle des cantons qui peuvent, selon l'art. 3 de la Cst., édicter des lois de même genre (J.-F. AUBERT, P. MAHON, op. cit. ad. art. 95 al. 1 ch. 1 Cst. no 6 p. 744). Toutefois, dès lors que la Confédération a légiféré, le droit cantonal existant en la matière est évincé en vertu de l'art. 49 al. 1 de la Cst., le canton n'ayant plus de compétence pour édicter des mesures dans ce domaine, à moins qu'il ne soit mis au bénéfice d'une délégation (J.-F. AUBERT, P. MAHON, op. cit. ad. no 49, nos 3, 4 et 5, p. 420 et 421).

En l'occurrence, la LPMed, qui a pour objectif d'harmoniser les conditions de l'exercice des professions médicales universitaires dans toute la Suisse (Message, op. cit. p. 231) dans le but de faciliter la mise en œuvre de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes conclu entre la Confédération Suisse et la Communauté européenne et ses Etats membres (ALCP - RS 0.142.112.681), a épuisé la compétence des cantons en la matière (Message, op. cit. p. 160).

#### **E. 6**

a. Aux termes de la LPMed, l'exercice d'une profession médicale universitaire est soumis à l'obtention d'une autorisation du canton sur le territoire duquel la profession est exercée (art. 34 LPMed). Pour les pharmaciens, celle-ci est accordée si le requérant est titulaire du diplôme fédéral correspondant (art. 36 al. 1 let. a LPMed) et s'il "est digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession" (art. 36 al. 1 let. b LPMed).

b. Les cantons peuvent prévoir que l'autorisation de pratiquer à titre indépendant soit soumise à des restrictions temporelles, géographiques ou techniques ainsi qu'à des charges, pour autant que ces restrictions et ces charges soient imposées par la Confédération ou qu'elles soient nécessaires pour garantir des soins médicaux fiables et de qualité (art. 37 LPMed).

#### **E. 7**

Sur ce dernier point, sont admissibles les restrictions techniques (par ex. limitation à un domaine particulier ou à des activités médicales déterminées), temporelles (en particulier une autorisation à durée limitée) ou géographiques (limitation à une commune dans le cas d'une offre de soins médicaux insuffisante), conformément à l'art. 36 al. 3 let. b LPMed. L'autorisation peut dans ce cas être en outre assortie de charges concernant les locaux ou l'équipement des cabinets médicaux (Message, op. cit., ad. art. 37 p. 210).

- 10/14 -

A/1878/2009

#### **E. 8**

Pour permettre la circulation de l'information entre les cantons, le département tient un registre des professions médicales universitaires (art. 51 al. 1 LPMed) consultable en ligne (art. 53 al. 1 LPMed) avec des restrictions d'accès pour certaines données (art. 53 al. 2 LPMed). Ce registre sert à l'information et à la protection des patients, à l'assurance qualité, à des fins statistiques, à l'établissement de la démographie médicale et à l'information des services étrangers. Il a en outre pour but de simplifier les procédures nécessaires à l'octroi d'une autorisation de pratiquer (art. 51 al. 2 LPMed).

En se fondant sur l'art. 51 al. 5 LPMed, le Conseil fédéral a édicté le 15 octobre 2008, l'ordonnance concernant le registre des professions médicales universitaires (ordonnance concernant le registre LPMed - RS 811.117.3). En vertu de l'art. 7 de celle-ci, les autorités cantonales compétentes doivent inscrire différentes données selon les autorisations de pratiquer à titre indépendant qu'ils ont délivrées.

Au terme de l'art. 54 al. 4 LPMed, toutes les inscriptions relatives à une personne sont éliminées du registre dès que celle-ci en question atteint l'âge de 80 ans ou qu'une autorité annonce son décès. Selon les travaux préparatoires, cette disposition a pour objectif de permettre le respect du principe inscrit à l'art. 21 al. 2 de la loi fédérale sur 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD - RS 235.1) qui oblige les organes fédéraux à rendre anonymes ou à détruire les données personnelles dont ils n'ont plus besoin (Message, op. cit. ad. art. 54 p. 219).

#### **E. 9**

A Genève, les règles relatives à l'exercice des professions de la santé figurent aux art. 71 et suivants LS. Il s'agit d'une législation d'exécution de la LPMed (art. 71A LS).

a. Le droit de pratiquer une profession de la santé est délivré au professionnel de la santé qui remplit les conditions de l'art. 75 al. 1 LS. En sus d'un titre universitaire reconnu, celui-ci doit présenter un certificat médical attestant qu'il ne souffre pas d'affections physiques ou psychiques incompatibles avec l'exercice de sa profession (art. 75 al. 1 let. b LS).

b. L'art. 78 LS énonce également la règle suivante : « un professionnel de la santé qui entend exercer son activité au-delà de 70 ans doit en faire la demande à la direction générale

de la santé en présentant un certificat médical. Le droit de pratiquer peut-être prolongé pour 3 ans, puis d'année en année jusqu'à 80 ans ».

Selon les travaux préparatoires relatifs à la loi qui a introduit cette limite absolue postérieurement à l'entrée en vigueur de la LS: "La LPMed ne prévoit pas explicitement d'âge limite pour l'exercice de la profession. On peut toutefois déduire de l'art. 54 LPMed, relatif à la tenue du registre, que le droit de pratiquer s'éteint à 80 ans, puisque tout professionnel atteignant cet âge voit ses données

- 11/14 -

A/1878/2009

éliminées du registre. Dès lors, la limite d'âge de 70 ans figurant dans la LS est contraire au droit fédéral pour les professions médicales universitaires, et il convient en fait de la fixer à 80 ans » (Message du Conseil d'Etat relatif au PL 10228 p. 10, MGC 2008, consultable en ligne à l'adresse internet :

[http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/560311/64/560311\\_64\\_complete.asp](http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/560311/64/560311_64_complete.asp)). En outre, devant la commission du Grand-Conseil chargée d'examiner le PL 10228, le Conseiller d'Etat en charge du DARES a répondu ainsi à un commissaire qui s'interrogeait sur les raisons de cette limite d'âge : « il n'y a pas de fondement formel et scientifique à cette limite d'âge, mais il est clair que les conditions requises pour exercer correctement les professions médicales sont de plus en plus difficiles à remplir avec l'âge, ne serait-ce qu'au niveau des exigences de formation continue. Cette disposition ne constitue donc pas une dissuasion formelle. » (Rapport de la commission de la santé chargée d'étudier le projet de loi modifiant la loi sur la santé du 17 juillet 2008, PL 10228-A p. 2, MGC 2008, consultable en ligne à l'adresse internet : [http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/560311/64/560311\\_64\\_partie33.asp](http://www.ge.ch/grandconseil/memorial/data/560311/64/560311_64_partie33.asp)).

c. De jurisprudence constante, le Tribunal administratif est habilité à revoir, à titre préjudiciel et à l'occasion de l'examen d'un cas concret, la conformité des normes de droit cantonal au droit fédéral (P. MOOR, Droit administratif, Vol. 1, Berne 1994, p. 98 n. 2.2.3; R. ZIMMERMANN, L'évolution récente du contrôle préjudiciel de la constitutionnalité des lois en droit genevois, RDAF, 1988, pp. 1 ss). Le contrôle préjudiciel permet de déceler et de sanctionner la violation par une loi cantonale des droits garantis aux citoyens par la Cst., ou du régime de répartition des compétences entre la Confédération et les cantons. D'une manière générale, les lois cantonales ne doivent rien contenir de contraire aux lois et ordonnances du droit fédéral. De même, les ordonnances cantonales qui violent la Cst. féd. ou se révèlent contraires aux lois fédérales doivent être sanctionnées (ATA/651/2003 du 26 août 2003, ATA/572/2003 du 23 juillet 2003 ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. 1, Berne 2000, p. 663 n. 1866; R. ZIMMERMANN, Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses, Lausanne 1987, p. 132).

## **E. 10**

a. Il s'agit, en l'occurrence, de déterminer si la limite de 80 ans énoncée à l'art. 78 LS est conforme au droit fédéral.

b. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de

la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et

- 12/14 -

A/1878/2009

les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 125 II 206 consid. 4a p. 208/209). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution. Cette dernière règle prend un sens particulièrement important lorsqu'il s'agit d'examiner s'il n'y a pas un conflit entre une règle fédérale et une règle cantonale. En effet, tant qu'il est possible d'après les méthodes et les principes d'interprétation traditionnelle d'établir une concordance entre les deux normes, un tel conflit n'existe pas, les deux normes pouvant coexister et le principe de la primauté du droit fédéral ne s'applique pas (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 2ème éd., 2006, n°. 1056 p. 375).

En l'occurrence, l'art. 36 al. 1 let. b LPMed, pose comme exigence que le requérant établisse, sans en préciser la forme ou les modalités, qu'il présente toutes les garanties tant physiques que psychiques nécessaires à l'exercice d'irréprochable de la profession médicale considérée. Il s'agit d'une approche fondée sur des critères liés à la personne de ce dernier. L'art. 78 LS de son côté en interdisant à un professionnel de la santé d'exercer sa profession au-delà de 80 ans, impose une limite objective dont le but de police sanitaire recherché est le même que celui poursuivi par l'art. 36 al 1 let. b LPMed, mais qui s'écarte du critère subjectif retenu par cette disposition. Même si, selon le cours ordinaire de la vie, un professionnel de la santé devrait songer à prendre sa retraite à 80 ans, on ne peut présumer, comme le sous-tend l'art. 78 LS, qu'à partir de cet âge, celui-ci ne réunit plus les aptitudes physiques ou psychiques permettant qu'il soit autorisé à continuer sa pratique professionnelle. Aucune interprétation conforme de l'art. 78 LS n'étant possible, force est de constater que la limite d'âge absolue posée par le droit cantonal va au-delà de ce que le droit fédéral autorise à l'art. 36 al. 1 let. b LPMd,

## **E. 11**

L'intimée considère que la limite absolue de 80 ans énoncée dans la loi cantonale, découle de l'art. 54 al. 4 LPMed. Ce point de vue ne peut être suivi. Les différentes règles contenues à l'art. 54 LMed concernent la gestion des données contenues dans le registre des professions médicales gérées par le département fédéral de l'intérieur. Conformément à l'art. 51 LMed, les professions de la santé ont certes l'obligation d'être inscrites par les cantons dans ce registre, mais cette inscription n'est pas une condition posée par l'art. 36 LMed afin d'être autorisé à pratiquer. A lire les explications de la commission des professions médicales qui gère le registre en question, les restrictions ou obligations de radiation énoncées notamment à l'art. 54 al. 4 LPMed ont pour origine la volonté de respecter les règles de protection des données contenues dans la LPD et le fait qu'un professionnel de la santé de plus de 80 ans voit, en vertu de cette disposition, un certain nombre de mentions le concernant être radiées, ne peut en aucun cas empêcher qu'il continue à pratiquer.

**E. 12**

De même, l'interdiction de pratiquer au-delà de 80 ans n'a pas la caractéristique ou la nature d'une restriction à l'exercice des professions médicales, de nature temporelle, géographique ou technique, entrant dans le cadre de ce que les cantons peuvent prévoir selon l'art. 37 LPMed.

**E. 13**

Fondée sur la seule limite d'âge atteinte par le recourant et se basant sur une disposition légale cantonale contrevenant au principe de la primauté du droit fédéral, la décision du 4 juin 2009 doit être annulée (SJ 1997, 421 ; ATF 121 III 266, consid. 2b ; J.-F. AUBERT, P. MAHON, op.cit., ad art. 49 Cst, no 4, p. 421 ; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, op. cit., no 1068 et 1072, p. 381 et 382). Le recours sera admis et la cause renvoyée à la DGS pour nouvelle décision.

**E. 14**

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de l'intimée qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). De même, une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée au recourant à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*