

# **GE\_GERICHTE A/574/2003 vom 8. Juni 2004**

GE Cour de justice, 2004-06-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_574\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_574_2003)

FR: GE\_GERICHTE A/574/2003 du 8 juin 2004

IT: GE\_GERICHTE A/574/2003 del 8 giugno 2004

## **Regeste**

PROFESSION SANITAIRE; COMMISSION DE SURVEILLANCE; SECRET PROFESSIONNEL; DEVOIR PROFESSIONNEL; DROIT D'ETRE ENTENDU; POUVOIR D'APPRECIATION; ASAN | Comportement professionnel incorrect. En l'absence de témoin direct, le juge bénéficie d'un large pouvoir d'examen. Renvoi du dossier à l'autorité inférieure pour fixation de la sanction disciplinaire. | LRPSP.9; LPS.11; CST.29

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 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, 4<sup>ème</sup> 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

## **E. 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.

## **E. 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.

## **E. 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.