

# VD\_OMNI GE.2010.0207 vom 28. März 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-03-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2010.0207](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2010.0207)

FR: VD\_OMNI GE.2010.0207 du 28 mars 2011

IT: VD\_OMNI GE.2010.0207 del 28 marzo 2011

## Regeste

X. \_\_\_\_\_ c/Département de la santé et de l'action sociale | Physiothérapeute condamné en raison d'actes d'ordre sexuels sur une patiente (191 CP). Recours contre le retrait définitif de l'autorisation de pratiquer et l'interdiction de pratiquer. Atteinte lourde à la liberté économique du recourant, mais néanmoins conforme aux exigences de l'intérêt public et de la proportionnalité. Certes, les actes en tant que tels sont moins graves qu'un acte sexuel proprement dit; ce qui les rend néanmoins gravissimes est le fait qu'ils émanent d'une personne qui a une fonction de soignant et qui détient à ce titre une responsabilité particulière à l'égard des patients. De plus, une première sanction, n'a pas eu suffisamment d'impact sur le recourant pour qu'il parvienne à maîtriser ses pulsions ou pour qu'il entame une prise de conscience par rapport à ces difficultés. Il n'apparaît en outre pas que le but visé pourrait être atteint par un autre moyen, tel que par exemple la limitation à une clientèle masculine. Rejet du recours.

## Erwägungen

### E. 1

Le recourant se prévaut d'arbitraire dans la constatation des faits et l'appréciation des preuves, respectivement d'une violation du principe in dubio pro reo.

#### E. 1.1

Il reproche aux autorités cantonales d'avoir retenu la version des faits relatée par A. \_\_\_\_\_ alors que ses déclarations étaient entachées de contradictions et d'imprécisions. En effet, celle-ci s'était montrée incertaine s'agissant d'établir la date des consultations et de l'appel téléphonique d'un ami. Elle s'était contredite au moment d'évaluer la durée de la séance du 17 mai 2005. Elle avait été incapable de décrire sa position sur la table de massage ce jour-là. Elle avait évoqué tardivement de prétendus gémissements du thérapeute durant les faits. Elle avait été incohérente en prétendant - dans un deuxième temps et de manière invraisemblable - que X. \_\_\_\_\_, placé derrière elle, avait pressé son pénis en érection contre ses fesses et ses organes génitaux. Les juges ne pouvaient pas non plus se baser sur les déclarations de l'infirmier, du psychiatre et de l'éducatrice auprès desquels la victime s'était confiée. Ces témoins indirects s'étaient bornés à rapporter de simples oui-dire, sans formellement exclure que cette dernière ait simulé des troubles psychiques. Les autorités cantonales ne pouvaient pas non plus écarter le témoignage de A. \_\_\_\_\_ qui avait été constant tout au long de la procédure et qui était corroboré par les propos de A. \_\_\_\_\_ et de X. \_\_\_\_\_. Le fait que le témoin n'ait pas pu préciser la date de son passage impromptu au cabinet de X. \_\_\_\_\_ et qu'elle n'y ait pas aperçu A. \_\_\_\_\_ ne discréditaient pas ses déclarations. Enfin, X. \_\_\_\_\_ met en cause l'appréciation par les juges de ses propres dépositions. Il fait valoir que la fausse indication d'une quatrième séance, de même que la facturation à la caisse d'assurance-maladie des cinquième et

sixième consultations constituait des éléments sans incidence sur l'issue du litige. Les juges avaient de surcroît faussement retenu que pour prodiguer les soins appropriés à la patiente, il avait dû se placer derrière elle. Au demeurant, il se prévaut d'une cabale orchestrée par A. \_\_\_\_\_ qui connaissait B. \_\_\_\_\_, témoin à charge dans les poursuites engagées contre lui en 1998.

#### **E. 1.2.1**

Dans la mesure où le recourant conteste l'appréciation de ses déclarations par le Tribunal correctionnel, pour la première fois, en instance fédérale, il se prévaut d'un grief irrecevable (v. ATF 135 I 91 consid. 2.1 p. 93), faute d'épuisement des instances cantonales (art. 80 al. 1 LTF).

#### **E. 1.2.2**

Pour le reste de ses critiques, il n'allègue pas que les autorités cantonales auraient faussement retranscrit les déclarations des témoins entendus ou le contenu des pièces sur lesquelles elles se sont fondées. Il ne prétend pas non plus qu'elles auraient ignoré une preuve essentielle à la procédure. En particulier, il n'apparaît pas que les juges se soient manifestement mépris sur le sens et la portée des preuves retenues, ni qu'ils aient omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un autre moyen important et propre à modifier leur décision, ni qu'ils aient tiré des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis. Le recourant se borne à porter en instance fédérale les griefs soulevés devant la juridiction cantonale et auxquels cette dernière a répondu de manière exhaustive et convaincante. Il ré-expose sa propre vision de l'ensemble du litige dans une démarche de nature appellatoire qui ne remplit à l'évidence pas les exigences de motivation, ni ne démontre que l'appréciation cantonale serait insoutenable (v. art. 42 al. 1, 106 al. 2 et 108 al. 1 let. b LTF; sur la notion d'arbitraire v. ATF 135 V 2 consid. 1.3 p. 4 s., 134 I 140 consid. 5.4 p. 148 et les arrêts cités). Le grief est irrecevable (cf. ATF 133 III 393 consid. 6 p. 397).

#### **E. 2.1**

Le recourant dénonce ensuite une violation du principe "res iudicata pro veritate habetur" pour le motif que les autorités cantonales ont fondé sa culpabilité sur des déclarations recueillies lors d'une enquête instruite en 1998 et clôturée par non-lieu le 10 février 1999.

#### **E. 2.2**

Une violation du principe "res iudicata pro veritate habetur" en vertu duquel une décision entrée en force ne peut être réexaminée, si ce n'est dans le cadre étroit de la procédure de révision (ATF 127 III 496 consid. 3a), ne saurait entrer en considération. Il ressort de l'arrêt attaqué que les premiers juges n'ont aucunement ignoré la décision de non-lieu prononcée le 10 février 1999. En se référant aux déclarations exprimées dans ce contexte par d'anciennes patientes de X. \_\_\_\_\_, les autorités cantonales n'ont fait que souligner la similitude troublante des faits dénoncés alors avec ceux rapportés par A. \_\_\_\_\_ afin d'étayer la crédibilité des déclarations de cette dernière. Ce faisant, elles n'ont aucunement mis en cause le non-lieu précité.

#### **E. 3**

Au vu des considérants qui précèdent, le recours ne peut être que rejeté et la sanction prononcée à l'encontre du recourant confirmée. Elle s'avère proportionnée aux actes commis et nécessaire. Un émoulement, réduit pour tenir compte de la situation financière du recourant, sera mis à la charge de ce dernier, qui succombe et n'a pas droit à des dépens (art.

49, 50, 55, 91 et 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [ LPA-VD; RSV.173.36 ] ).

### **E. 3.1**

Finally, the complainant denounces a violation of art. 191 CP in terms of which the person who, knowing that a person is incapable of discernment or of resistance, has profited for committing on her the sexual act, an analogous act or another act of a sexual nature, will be punished with a term of imprisonment of up to ten years or a pecuniary penalty.

### **E. 3.2**

On the one hand, the complainant contests to have been found guilty of acts of a sexual nature and alleges that the behaviours that are reproached to him are at most constitutive of acts of a sexual nature in the sense of art. 198 al. 2 CP. It results from the findings of the cantonal authorities, after having ruled out the slip and completely undressed the right buttock of the patient, the complainant exercised repeated pressures of his sex in erection against the buttocks and the genital organs of the latter for several minutes. In doing so, he was not satisfied with a quick contact, by surprise, with the body of the victim. He was rather sexually excited for several minutes by dedicating himself to her to acts manifestly constitutive of acts of a sexual nature (see judgment 6B\_303/2008 of 22 January 2009, para. 3 and the references cited).

#### **E. 3.3.1**

On the other hand, the complainant denies the incapacity to resist in which A. \_\_\_\_\_ would be found.

#### **E. 3.3.2**

According to the jurisprudence, a person is incapable of resistance if he is not able to oppose to sexual contacts that are not desired. This provision protects persons who are not able to form, express or effectively exercise a will to oppose to sexual acts. The incapacity to resist can be durable or momentary, chronic or due to the circumstances. It can be the consequence of a mental state that is seriously abnormal, of a severe intoxication due to alcohol or drugs, or even of physical constraints. It must, however, be that the victim is totally incapable of defending himself. If the inability is only partial - for example because of a state of intoxication - the victim is not incapable of resistance (ATF 133 IV 49, para. 7.2 p. 56 and the references cited; see also ATF 119 IV 230 para. 3a p. 232). The Federal Tribunal has recognised the incapacity to resist of patients lying on a gynaecological examination table. Their will is affected by their position on the examination table, which does not allow them to see what is going on, so that the capacity of a person to react according to his will depends precisely on a perception of the external phenomena by the senses. In the absence of visual perception, only the bodily sensations at the genital level remain, which do not allow the victims to react at a stage where the perpetrator is about to abuse them (ATF 133 IV 49 para. 7.4 p. 56 s., 103 IV 165/166). The incapacity to resist in the sense of art. 191 CP is also admitted when, because of the particular position of his body, the patient is in a state of incapacity to discern the act of the therapist to his sexual integrity and that he is sexually abused by surprise (ATF 133 IV 49 para. 7 p. 55 s.).

#### **E. 3.3.3**

Accordant sa confiance au recourant en tant que physiothérapeute, A. \_\_\_\_\_, vêtue de ses seuls sous-vêtements, s'est allongée sur la table de massage. A la demande du praticien, elle s'est positionnée sur le côté gauche, les fesses dépassant de la table. Couchée en équilibre précaire à l'extrémité de celle-ci, sa liberté de mouvement s'en est trouvée particulièrement entravée, de même que par les manipulations physiothérapeutiques qu'elle subissait au niveau du bassin et de la jambe droite. Tournant de surcroît le dos à l'intéressé, elle ne pouvait pas voir les gestes de ce dernier. Sa posture et son champ visuel l'ont empêchée d'anticiper de quelque manière que ce soit le comportement du condamné. Elle n'a pu réaliser l'abus que lorsqu'elle a ressenti son sexe en érection contre ses organes génitaux et ses fesses, soit après qu'il avait commencé à abuser d'elle. Dans le cadre d'une relation de confiance et alors qu'elle n'avait aucune raison d'être sur ses gardes, elle a été, à l'évidence, prise au dépourvu par les agissements du thérapeute et, sous l'effet de surprise, incapable d'y résister et de s'y opposer.

#### **E. 3.4**

Cela étant, l'autorité cantonale n'a aucunement enfreint l'art. 191 CP en reconnaissant X. \_\_\_\_\_ coupable d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de résistance ». G. X. \_\_\_\_\_ a été entendu une ultime fois par la délégation du Conseil de santé le 4 juin 2010, puis convoqué devant le Conseil de santé en séance plénière le 31 août 2010. Il a une nouvelle fois nié les faits et maintenu sa version de la première audition. H. Le 20 octobre 2010, le chef du département a décidé de retirer définitivement à X. \_\_\_\_\_ l'autorisation de pratiquer la physiothérapie et de lui interdire avec effet immédiat de pratiquer cette profession dans le Canton de Vaud. Il a estimé que les faits reprochés à X. \_\_\_\_\_ étaient « gravissimes et totalement incompatibles avec l'exercice de la profession de physiothérapeute. Ils le sont d'autant plus qu'il s'agit à l'évidence d'une récidive et qu'il n'y a aucune prise de conscience de sa part ». le chef du département a également retiré l'effet suspensif à un éventuel recours. I. Le 22 novembre 2010, X. \_\_\_\_\_ (ci-après: le recourant) a recouru à la Cour de droit administratif et public (CDAP) du Tribunal cantonal à l'encontre de cette décision et a formulé les conclusions suivantes : « I. La décision du 20 octobre 2010 du Chef du Département de la santé et de l'action sociale est réformée en ce sens qu'aucun retrait, suspension ou interdiction de l'autorisation de pratiquer la physiothérapie ne sanctionne X. \_\_\_\_\_. Subsidiairement I.Bis La décision du 20 octobre 2010 du Chef du Département de la santé et de l'action sociale est réformée en ce sens que l'autorisation de pratiquer la physiothérapie délivrée à M. X. \_\_\_\_\_ est limitée à des soins pratiqués sur des patients de sexe masculin exclusivement. Plus subsidiairement I.Ter Annuler la décision du 20 octobre 2010 du Chef du Département de la santé et de l'action sociale et renvoyer le dossier à cette autorité pour nouvelle décision dans le sens des considérants ». Concernant l'effet suspensif, il relève que celui-ci est prévu d'office par la loi et ne peut pas être levé par l'autorité de décision. Sur le plan de la motivation, il soutient qu'il est particulièrement injuste que sa version des faits, appuyée par un témoignage, ait été écartée alors même que la plaignante n'avait pas de preuve à apporter. Vu son comportement irréprochable depuis 2005, il estime que la suspension provisoire de deux ans déjà prononcée est amplement suffisante et qu'il n'y a pas d'intérêt public à le priver de l'autorisation de pratiquer. Il invoque également une inégalité de traitement par rapport à un autre retrait d'autorisation de pratiquer (affaire GE.2008.0168, 2C\_871/2008). Il expose enfin la lourdeur extrême des conséquences que la décision aurait sur sa situation personnelle. Le Service de la santé publique, agissant pour le chef de département (ci-après: l'autorité intimée), a répondu le 8 décembre 2010 sur la question de la restitution de l'effet

suspensif. Le 15 décembre 2010, le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. Le 17 décembre 2010, la juge instructrice a admis la requête de restitution de l'effet suspensif. Le 24 janvier 2011, l'autorité intimée s'est prononcé sur le fond et a conclu au rejet du recours. Une audience a eu lieu le 7 mars 2011, au cours de laquelle les parties ont été entendues dans leurs explications. L'autorité intimée était représentée par Mme B.\_\_\_\_\_. On reproduit l'extrait suivant du compte-rendu d'audience: « (...) Le recourant indique que son divorce a été prononcé à Alger le 1<sup>er</sup> février 2011 et qu'il vivait séparé de sa femme depuis décembre 2009. (...) Selon le jugement, s'il avait les moyens, le recourant verserait une pension mensuelle de 1500 fr. Il confirme qu'étant indépendant il ne pourrait toucher le chômage. Durant sa suspension en 2007, il a vécu de prêts d'amis et de la famille. Il n'a pas travaillé et pas suivi d'autre formation, n'ayant pas les moyens de suivre une formation. Sur la similitude des affaires, le recourant explique qu'il applique le même type de traitement (physiothérapie manuelle) et que les positions sont donc les mêmes, ce qui implique que les récits des patientes sont semblables. Il précise que Mme Grandjean se plaignait non seulement de douleurs cervicales, mais aussi de douleurs lombaires et de la hanche. Pour concrétiser la demande de ne plus traiter que des patients de sexe masculin, le recourant imagine des formalités telles que l'envoi d'agendas, des fiches clients, des contrôles inopinés, etc. La clientèle féminine représente 80% de sa patientèle. Durant la suspension de près de 2 ans, il a perdu quasiment toute sa patientèle. Mme B.\_\_\_\_\_ demande au recourant s'il a envisagé un traitement concernant ses problèmes. Le recourant explique qu'il prendra encore plus de précaution et prodiguera encore plus d'explications dans le futur. Il n'a jamais eu de patientes qui lui ont dit qu'elles étaient gênées. C'est souvent sa hanche qui touche le patient. Antécédents de contrôles stricts de la patientèle ou de l'agenda par le SSP ? Mme B.\_\_\_\_\_ évoque un précédent d'une personne qui avait accepté de travailler sous supervision, mais il s'agissait d'une personne qui s'était amendée. Elle pense que le recourant ne pourrait pas se tenir à cette exigence; il l'avait refusée au mois d'août 2010. Il faut aussi savoir que c'est très difficile à vérifier. Le SSP ne peut pas passer chaque semaine faire des contrôles. Le recourant a toujours travaillé seul, sans associé. Il estime que le contrôle pourrait se faire par la facturation ». J. Les arguments des parties seront repris ci-dessous dans la mesure utile. Considérant en droit 1. a) Le juge pénal et le juge administratif statuent indépendamment l'un de l'autre. La sécurité du droit commande cependant d'éviter que l'indépendance du juge pénal et du juge administratif ne conduise à des jugements opposés, rendus sur la base des mêmes faits (ATF 109 Ib 203 consid.1 p. 204; 96 I 766 consid. 4 p. 773 s.). La jurisprudence considère ainsi que l'autorité administrative ne peut s'écarter du jugement pénal que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de fait inconnues du juge pénal ou qui n'ont pas été prises en considération par celui-ci, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés, ou si le juge pénal n'a pas élucidé toutes les questions de droit (en matière de circulation routière notamment ATF 123 II 97 consid. 3c/aa p. 104 et références citées [ traduit et résumé in RDAF 1998 I, p. 636 ] ; 119 Ib 158 consid. 3c/aa p. 164; voir aussi FI.2007.0144 du 15 octobre 2008 et les références citées). De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que lorsqu'une personne fait l'objet d'une dénonciation pénale ou lorsqu'il est vraisemblable qu'une telle dénonciation interviendra, l'autorité administrative doit surseoir à sa propre décision jusqu'à l'entrée en force du prononcé pénal, dans la mesure où l'établissement des faits ou la qualification juridique du comportement litigieux sont pertinents dans le cadre de la procédure

administrative. Dans l'intérêt de l'unité et de la sécurité du droit, il s'agit d'éviter qu'un même événement conduise à des constatations de faits contradictoires par les autorités administratives et judiciaires. En outre, l'établissement des faits est mieux garanti par la procédure pénale que par la procédure administrative (voir ATF 121 II 214 consid. 3a p. 217; 119 Ib 158, déjà cité). b) En l'occurrence, par arrêt du 18 février 2010 (6B\_920/2009), le Tribunal fédéral, statuant sur le recours déposé par le recourant contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de cassation pénale, du 6 juillet 2009, a confirmé ce jugement, qui lui-même confirmait le jugement du Tribunal correctionnel, en retenant que le recourant était coupable d'actes d'ordre sexuel sur une personne incapable de résistance au sens de l'art. 191 CP. Conformément à la jurisprudence précitée, l'autorité intimée avait suspendu la procédure et n'a statué qu'après que le Tribunal fédéral ait tranché définitivement la cause, en se basant sur les faits de l'arrêt du Tribunal fédéral. Le recourant relève dans son recours qu'il est particulièrement injuste que sa version des faits, appuyée par un témoignage, ait été écartée par les juges pénaux alors même que la plaignante n'avait pas de preuve à apporter. Le tribunal de céans relève que tant le témoin que le recourant et la plaignante ont été entendus personnellement et à plusieurs reprises par les autorités pénales. L'investigation a ainsi été menée de manière approfondie. Le recourant n'amène pas de nouvelles offres de preuve relatives aux événements de 2005 dans la présente procédure. Lors de l'audience, il a produit des photographies d'exercices de « physiothérapie manuelle » susceptibles de démontrer le caractère thérapeutique de certaines positions, qui pourraient éventuellement apparaître équivoques compte tenu de la tenue des patients (en sous-vêtements) et de la proximité physique du soignant. Ces images ne sont toutefois pas de nature à fournir des indications déterminantes sur les faits reprochés à l'intéressé (à savoir, avoir exercé des pressions répétées de son sexe en érection contre les fesses et les organes génitaux de la patiente pendant plusieurs minutes). La seule mesure d'instruction à laquelle pourrait procéder le tribunal de céans serait, à ce stade, d'entendre à nouveaux les différents protagonistes. Une telle mesure paraît toutefois inappropriée plus de 5 ans après les faits litigieux. En outre, la manière dont les autorités pénales ont apprécié les témoignages et établi les faits sur cette base n'est ni choquante ni incomplète et peut être considérée comme raisonnable. Certes, en 2002, l'autorité administrative s'était écartée du prononcé pénal. Les circonstances étaient toutefois sensiblement différentes. La précédente enquête pénale avait en effet été clôturée par un non-lieu le 10 février 1999, au motif que les faits en cause ne se poursuivaient que sur plainte et que les personnes concernées n'avaient pas déposé plainte. L'enquête pénale ne s'était ainsi pas étendue à l'établissement des faits, qui avait été entièrement effectué par l'autorité administrative. En conclusion, il n'y a pas lieu en l'espèce de s'écarter des faits tels qu'ils ont été établis et retenus par l'autorité pénale. 2. a) Sur le plan cantonal, l'exercice des professions de la santé est régi par la loi sur la santé publique (LSP; RSV 800.01), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1986. Le droit vaudois prévoit que, lorsque le département apprend des faits de nature à justifier une sanction disciplinaire, il saisit le Conseil de santé, qui confie alors l'instruction à une délégation de ses membres (art. 34 et 36 RMCP). Après enquête, le Conseil de santé propose au chef du département les mesures à envisager à l'encontre des professionnels de la santé (art. 13 al. 2 LSP). La LSP a fait l'objet d'une révision adoptée le 17 mars 2009. Les modifications qui en ont résulté sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2009. La possibilité d'assortir l'autorisation de pratiquer de conditions en vertu de l'art. 79 al. 1 LSP a été introduite lors de cette révision. Les sanctions administratives ont également été modifiées. L'art. 191 LSP révisé prévoit ce qui suit : « 1 Lorsqu'une personne n'observe pas la présente

loi ou ses dispositions d'application, lorsqu'elle a fait l'objet d'une condamnation pour un crime ou un délit, lorsqu'elle est convaincue d'immoralité ou de procédés frauduleux ou lorsqu'elle fait preuve dans l'exercice de sa profession de négligence, de résistance aux ordres de l'autorité ou d'incapacité, le département peut lui infliger les sanctions administratives suivantes: a. l'avertissement; b. le blâme; c. l'amende de Fr. 500.- à Fr. 200'000.-; d. la mise en place de conditions, la limitation, la suspension, le retrait temporaire ou définitif de l'autorisation de pratiquer, d'exploiter ou de diriger ou encore le retrait de la qualité de responsable. e. la fermeture des locaux; f. l'interdiction de pratiquer. 2 Ces sanctions peuvent être cumulées.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.