

VD_OMNI GE.2021.0121 vom 8. November 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-11-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2021.0121

FR: VD_OMNI GE.2021.0121 du 8 novembre 2021

IT: VD_OMNI GE.2021.0121 del 8 novembre 2021

Regeste

A. _____/Département de la santé et de l'action sociale | Admission partielle du recours d'un ostéopathe contre l'interdiction provisoire de toute pratique professionnelle dans le domaine de la santé. Le recourant a été condamné par le Tribunal correctionnel pour acte d'ordre sexuel sur une personne incapable de discernement ou de résistance pour avoir caressé les parties intimes d'une de ses patientes - jugement contre lequel il a interjeté appel. Il est disproportionné d'interdire au recourant, qui pratique à titre dépendant, de traiter des patients de sexe masculin. Par ailleurs, la cheffe du DSAS est invitée à procéder à un nouvel examen de la situation, en ayant requis le préavis du Conseil de santé, pour déterminer si les autres conditions proposées par le recourant peuvent entrer en considération (notamment la poursuite du traitement d'anciens patients).

Erwägungen

E. 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. 20'000.- ; 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. " Lorsqu'une telle procédure est ouverte, la loi cantonale permet au département – c'est-à-dire au Département de la santé et de l'action sociale (DSAS) – de prendre des "mesures provisionnelles", lesquelles sont définies à l'art. 191a al. 1 LSP dans les termes suivants: " En cas d'urgence, le département peut en tout temps prendre les mesures propres à prévenir ou faire cesser un état de fait contraire à la présente loi ou menaçant la sécurité des patients ou le respect de leurs droits fondamentaux. Il peut notamment suspendre ou retirer provisoirement à son titulaire une autorisation de pratiquer, de diriger ou d'exploiter ou la qualité de responsable. " La décision attaquée est précisément fondée sur l'art. 191a al. 1 LSP. Il s'agit d'une décision incidente et non d'une décision finale puisqu'elle ne met pas fin à la procédure disciplinaire. Elle est cependant susceptible de recours immédiat, puisqu'il s'agit d'une décision sur mesures provisionnelles (cf. art. 74 al. 3 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD; arrêt CDAP GE.2021.0072 du 11 juin 2021 consid. 1b). Les conditions formelles de recevabilité du recours sont manifestement remplies, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Le recourant invoque une violation de la liberté économique, garantie à l' art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101). Il relève que le fait de lui interdire provisoirement toute pratique professionnelle dans le domaine de la santé lui cause un important dommage, compte tenu de sa formation et du fait qu'il ne dispose désormais plus d'aucun revenu, ce qui risque de lui faire perdre son autorisation de séjour. Le recourant conteste les faits qui lui sont reprochés, mais est prêt à accepter qu'une mesure moins incisive qu'une interdiction de pratiquer soit prononcée à son encontre pendant la procédure disciplinaire. Il énumère ainsi une série de mesures qui, selon lui, seraient aptes à garantir la sécurité de ses patients. Il précise qu'il a discuté de ces mesures avec son supérieur hiérarchique et qu'elles pourraient être mises en place au cabinet. a) Lorsqu'il y a lieu de prendre des mesures disciplinaires à l'encontre d'une personne exerçant une profession dans le domaine de la santé, il convient de déterminer si ces mesures sont fondées sur la législation fédérale - loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (LPMéd; RS 811.11), loi fédérale du 30 septembre 2016 sur les professions de la santé (LPSan; RS 811.21) – ou au contraire sur la législation cantonale (cf. ATF 143 I 352). Les ostéopathes sont considérés comme exerçant une profession de la santé au sens de la LPSan (art. 2 al. 1 let. g LPSan). Cette loi fédérale règle certaines questions relatives à la formation professionnelle (compétence des personnes ayant terminé leurs études, accréditation des filières d'études, reconnaissance des diplômes étrangers – art. 2 al. 2 let. a, b et c LPSan); elle règle également l'exercice de la profession sous propre responsabilité professionnelle (art. 2 al. 2 let. d LPSan, art. 11 ss LPSan). Cet exercice requiert une autorisation du canton où la profession est exercée (art. 11 LPSan). Par ailleurs, l'art. 16 LPSan énonce les devoirs professionnels que doivent observer les personnes exerçant une profession de la santé sous leur propre responsabilité professionnelle. Ces personnes sont surveillées par une autorité cantonale de surveillance (art. 17 LPSan) qui peut prononcer des mesures disciplinaires (art. 19 LPSan). Le recourant n'est pas un ostéopathe exerçant sous sa propre responsabilité professionnelle. Depuis son arrivée en Suisse, il a pratiqué comme ostéopathe-assistant, employé par un ostéopathe indépendant. Cette situation est régie à l'art. 122e al. 7 LSP qui dispose que " le professionnel [ostéopathe] qui effectue son stage pratique dans le but de se présenter à la seconde partie de l'examen intercantonal travaille sous la supervision directe d'un ostéopathe autorisé ". Il avait encore ce statut d'assistant à la date de la décision attaquée et il entendait continuer à travailler comme employé dans le même cabinet (ostéopathe pratiquant à titre dépendant, cf. art. 122e al. 6 LSP). La pratique de cette profession sous surveillance professionnelle relève du droit cantonal (cf. Olivier Guillod, Droit médical, Neuchâtel 2020 p. 188). Les mesures disciplinaires qui pourraient être prononcées au terme de la procédure administrative seraient donc fondées sur le droit cantonal, car elles ne sont pas incluses dans le champ d'application des art. 16 ss LPSan. b) En présentant le grief de violation de l'art. 27 Cst., le recourant demande au tribunal de contrôler si l'interdiction de pratiquer sa profession est une restriction admissible à ce droit fondamental, au regard des conditions de l'art. 36 Cst. En substance, la restriction doit être fondée sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.), elle doit être justifiée par un intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.) et elle doit être proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). L'existence d'une base légale n'est pas contestée, vu les art. 191 et 191a LSP. Il est évident que le régime de surveillance des professions médicales ou des professions de la santé, tel qu'il est prévu par les différentes lois fédérales et cantonales, est justifié par un intérêt public. Les mesures disciplinaires infligées par l'autorité de surveillance ont en effet pour but de maintenir l'ordre dans la

profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires; en d'autres termes, les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession, à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci et, indirectement, à protéger le public – et, s'il s'agit d'une interdiction de pratiquer, à protéger la santé des patients (ATF 143 I 352 consid. 3.3; TF 2C_782/2020 du 26 mai 2021 consid. 5.22C_539/2020 du 28 décembre 2020 consid. 4.2.2). Ces objectifs sont d'intérêt public (cf. Yves Donzallaz, *Traité de droit médical*, vol. II Berne 2021, p. 2746, 2774). L'élément déterminant, dans le présent litige, est la proportionnalité de la mesure. Comme cela sera exposé plus bas, l'art. 191a al. 1 LSP implique une appréciation de la proportionnalité. Le professionnel de la santé soumis à une interdiction provisoire de pratiquer peut donc, en se plaignant d'une violation de l'art. 191a LSP – et partant du mauvais usage du pouvoir d'appréciation conféré à la cheffe du DSAS par cette disposition (cf. art. 98 al. 1 let. a LPA-VD) –, obtenir du juge un contrôle de la proportionnalité, indépendamment d'une éventuelle violation d'un droit fondamental. c) L'interdiction de pratiquer prononcée à l'encontre du recourant est une mesure provisoire ou provisionnelle. En règle générale, l'autorité judiciaire de recours qui doit contrôler une telle mesure peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit (examen *prima facie*), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (cf. notamment TF 2C_316/2018 du 19 décembre 2018, consid. 3). Cela étant, dans le régime des sanctions disciplinaires, l'interdiction provisoire ou définitive de pratiquer est la mesure la plus grave (cf. Guillod, *op. cit.*, p. 218). Le droit fédéral prévoit aussi (à l'instar de l'art. 191a LSP), pour les personnes autorisées à pratiquer sous responsabilité professionnelle propre, de les soumettre à des mesures administratives conservatoires en cours de procédure disciplinaire, à savoir d'assortir leur autorisation de pratiquer de restrictions ou de charges avant même que la décision ne soit rendue (art. 19 al. 4 LPSan, art. 43 al. 4 LPMéd). Une telle décision doit nécessairement répondre aux exigences découlant du principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Ce principe exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts). En matière de sanction disciplinaire, le choix de la nature et de la quotité de la sanction doit être approprié au genre et à la gravité de la violation des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer les buts d'intérêt public recherchés. A cet égard, l'autorité doit tenir compte en premier lieu d'éléments objectifs, à savoir des conséquences que la faute a entraînées sur le bon fonctionnement de la profession en cause, et de facteurs subjectifs, tels que la gravité de la faute, ainsi que les mobiles et les antécédents de l'intéressé (TF 2C_539/2020 du 28 décembre 2020 consid. 5.1 et les références). La proportionnalité d'une mesure prise avant la fin de la procédure disciplinaire, lorsque la faute n'est pas établie, doit encore être appréciée différemment. Selon la jurisprudence et la doctrine, un retrait provisoire de l'autorisation de pratiquer ne se justifie que pour des motifs graves, c'est-à-dire lorsqu'il paraît vraisemblable que la procédure disciplinaire en cours va aboutir à une interdiction de pratiquer et qu'au vu de l'intérêt public en jeu, une telle mesure se justifie déjà pendant la procédure disciplinaire.

L'existence d'antécédents disciplinaires – qui peuvent démontrer l'absence de prise en compte des injonctions de l'autorité de surveillance – cumulée à de nouvelles procédures peut par exemple constituer des éléments factuels susceptibles de justifier l'urgence de prononcer le retrait provisoire. Il s'agit, par ce mécanisme, de protéger le public contre un exercice inadmissible de la médecine ou d'une autre profession de la santé, notamment en cas de commission de délits sexuels ou de graves manquements aux règles de l'art. Au reste, le principe de la proportionnalité implique que, si la procédure au fond aboutit à une interdiction temporaire du droit de pratiquer, le temps écoulé depuis l'entrée en force de la mesure provisionnelle doit être imputé sur la condamnation ultérieure (cf. Donzallaz, op. cit., p. 2780; TF 2C_631/2010 du 8 septembre 2010 consid. 4.2). Les mesures provisionnelles n'ont en tant que telles aucun caractère disciplinaire, de sorte qu'elles ne supposent pas l'existence d'une faute; leur but est de protéger certains intérêts dans la procédure disciplinaire (arrêt CDAP GE.2021.0072 du 11 juin 2021 consid. 3b et les références). Ces principes, développés à propos des professions médicales soumises à autorisation selon le droit fédéral, valent également pour une procédure disciplinaire introduite selon le droit cantonal à l'encontre d'un ostéopathe pratiquant à titre dépendant. d) Dans le cas particulier, le recourant n'a pas d'antécédents disciplinaires en Suisse. Les faits ayant donné lieu au jugement pénal se sont déroulés environ huit mois après le début de son activité dans le canton de Vaud. Il a pu poursuivre cette activité encore pendant deux ans environ, la Cheffe du DSAS n'ayant prononcé aucune mesure provisionnelle jusqu'au 28 juin 2021. Depuis la communication du Procureur général du 4 février 2020, la question d'une application de l'art. 191a LSP se posait concrètement; le Conseil de santé n'a cependant, jusqu'à la décision attaquée, jamais proposé d'imposer des restrictions au recourant. Aucun événement nouveau n'est survenu durant cette période, à propos des traitements ostéopathiques effectués par le recourant. Dans la décision attaquée, la pesée des intérêts est sommairement motivée (cf. supra, faits, let. G). Au regard des faits retenus par le Tribunal correctionnel, qui concernent une victime de sexe féminin, on ne voit pas pourquoi la sécurité des patients de sexe masculin serait compromise en cas de poursuite de la pratique professionnelle dans le cabinet où le recourant est employé. Dans sa dernière écriture, l'autorité intimée fait valoir qu'il serait impossible de vérifier l'application d'une condition relative à la sélection des patients selon leur genre (le contrôle serait impossible de façon générale et non seulement dans le cabinet concerné). Or rien ne permet de retenir que l'ostéopathe responsable du cabinet et employeur du recourant ne pourrait pas contrôler préalablement l'identité des patients prenant un rendez-vous pour un traitement et sélectionner exclusivement, pour le recourant, des patients hommes. Le responsable du cabinet est un ostéopathe indépendant soumis à la surveillance de l'autorité cantonale et à ce titre, il peut en principe recevoir de cette autorité l'injonction de vérifier le respect d'une telle condition. Quoi qu'il en soit, les difficultés pratiques de contrôle des restrictions à la pratique professionnelle ne sauraient justifier a priori que l'on prononce plutôt une interdiction totale de pratiquer, sans examen soigneux de la proportionnalité, notamment de la possibilité de limiter la pratique à une ou plusieurs catégories de patients voire d'imposer des mesures de surveillance à l'intérieur du cabinet (cf., dans ce contexte, arrêt TF 2C_593/2020 du 28 décembre 2020, dans une affaire où une des mesures imposées à un médecin était l'obligation de ne soigner les patientes qu'en présence d'un/e assistant/e). Le principe de la proportionnalité exige donc, en l'espèce, que la mesure provisionnelle décidée sur la base de l'art. 191a al. 1 LSP ne consiste pas en une interdiction totale de pratiquer mais qu'elle autorise le traitement des patients de sexe masculin, dont la sécurité ou

l'intégrité n'est selon toute vraisemblance pas menacée. Dans sa réponse au recours, la Cheffe du DSAS fait néanmoins valoir que, comme le jugement pénal de première instance n'était pas exécutoire en raison d'un appel, il appartenait à l'autorité administrative de prononcer une interdiction provisoire de pratiquer afin d'assurer la sécurité des patients. Le jugement de condamnation est certes un élément nouveau important, du point de vue de l'appréciation de la vraisemblance des faits. Ce jugement comporte une sanction d'interdiction d'exercer l'activité d'ostéopathe (art. 67 CP) qui, si elle était confirmée en appel ou en dernière instance, aurait la même portée que la décision attaquée. Une interdiction provisoire de pratiquer fondée sur l'art. 191a LSP, avant le terme de la procédure disciplinaire, ne peut cependant pas être justifiée simplement par l'impossibilité d'exécuter la sanction pénale à cause de l'effet suspensif de l'appel selon l'art. 402 du code de procédure pénale (CPP; RS 312.0). Ce sont uniquement les critères du droit administratif qui doivent être appliqués, en particulier ceux résultant du principe de la proportionnalité (cf. supra, consid. 2c). La conclusion subsidiaire du recourant, tendant à ce qu'il soit autorisé à pratiquer à condition qu'il s'engage à fixer des rendez-vous qu'avec des hommes – ou, en d'autres termes, qu'il ne pratique aucun traitement sur des patientes –, doit par conséquent être admise. La décision attaquée doit être réformée sur ce point.

E. 3

Il faut par ailleurs relever que le recourant, après son audition du 23 septembre 2020 par la délégation du Conseil de santé, n'a plus été invité par l'autorité intimée à exercer son droit d'être entendu. Après le nouvel élément – décrit comme déterminant – que constitue le jugement du tribunal correctionnel, la Cheffe du DSAS a prononcé des mesures provisionnelles sans lui donner l'occasion de s'exprimer, alors qu'il n'y avait objectivement pas d'urgence à statuer. Or la garantie, pour le professionnel de la santé, de pouvoir exercer son droit d'être entendu pendant la procédure disciplinaire, est essentielle (cf., pour un cas d'application récent de cette garantie, arrêt CDAP GE.2020.0236 du 25 août 2021). La Cheffe du DSAS n'a pas non plus requis le préavis du Conseil de santé, qui n'avait jusque là pas proposé de prendre des mesures provisionnelles. Cet organe spécialisé n'a donc pas eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité d'imposer une mesure moins restrictive qu'une interdiction totale de pratiquer, au regard de la protection du public ou des patients, ce qui constitue l'objectif principal des mesures provisionnelles. Il importe en l'état que les spécialistes du Conseil de santé, à tout le moins les membres de la délégation ayant entendu le recourant, examinent la situation et expriment un avis permettant à l'autorité compétente d'effectuer une pesée des intérêts complète et soigneusement motivée. Dans le cadre de cette procédure de recours et sur la base du dossier, le tribunal ne peut pas lui-même effectuer cet examen ni requérir un préavis du Conseil de santé. C'est bien à l'autorité administrative qu'il incombe de déterminer la portée précise de l'interdiction partielle de pratiquer. Les mesures prises sur la base de l'art. 191a LSP sont par nature provisoires et elles peuvent être revues en tout état de cause par l'autorité compétente. Dès lors, la Cheffe du DSAS doit être invitée à procéder à un nouvel examen de la situation, en ayant requis le préavis du Conseil de santé, pour déterminer si les autres conditions proposées par le recourant dans ses dernières conclusions peuvent aussi entrer en considération – notamment la poursuite du traitement d'anciens patients, au cas où une prise en charge régulière pendant une assez longue période avait pu être mise en place.

E. 4

Il résulte des considérants que le recours doit être partiellement admis. Le ch. I du dispositif de la décision attaquée doit être réformé dans le sens suivant: " D'imposer provisoirement et avec effet immédiat à M. A. _____ une restriction pour sa pratique professionnelle dans le domaine de la santé, en ce sens qu'il ne peut traiter en tant qu'ostéopathe que des patients de sexe masculin " (cf. consid. 2 supra). L'autorité intimée doit en outre être invitée à statuer à nouveau sur les mesures provisionnelles selon l'art. 191a LSP, après avoir recueilli un préavis du Conseil de santé et en effectuant une pesée des intérêts en fonction des éléments mentionnés au considérant précédent. Tant que cette nouvelle décision n'aura pas été rendue, la possibilité pour le recourant de traiter des patients hommes sera donc admise, la situation provisoire étant réglée selon le ch. I du dispositif tel qu'il est réformé par le présent arrêt. En outre, le ch. III du dispositif de la décision attaquée peut être confirmé. Quant au ch. II du dispositif, il n'a plus d'objet vu le présent jugement. Compte tenu de l'issue de la cause, il n'est pas perçu d'émolument judiciaire (cf. art. 49 LPA-VD). Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, arrêtés à 2'200 francs (cf. art. 55 LPA-VD). Cette indemnité est mise à la charge de l'Etat de Vaud, par la caisse du DSAS. Pour la fixation des dépens, il est tenu compte en l'espèce des éléments suivants. Le recourant a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire. Son avocate d'office peut prétendre dans ce cadre à une rémunération au tarif horaire de 180 francs (art. 2 al. 1 let. a et b du règlement vaudois du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile [RAJ; BLV 211.02.3], applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD) ainsi qu'au remboursement des débours (fixés forfaitairement à 5% du défraiement - art. 3 bis al. 1 RAJ). En l'occurrence, compte tenu de la liste des opérations produite le 1 er novembre 2021, l'indemnité à laquelle pourrait prétendre Me Audrey Gohl au titre de l'assistance judiciaire serait arrêtée à 2'137 francs (1'890 francs pour les honoraires [10.50 heures x 180 francs], 94.50 francs de débours (1'890 francs x 5%), plus la TVA au taux de 7,7% [152.80 francs]). Les dépens alloués par le présent arrêt couvrent ainsi les frais de l'avocate d'office, de sorte qu'il n'y a pas lieu de fixer pour le surplus, dans le dispositif, la rémunération qui lui aurait été due au titre de l'assistance judiciaire.

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