

Date de dépôt : 28 juillet 2011

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur l'évaluation des effets de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le 18 novembre 2010, le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : le département) a confié à M^{me} Dominique Manaï, professeure à la faculté de droit de l'Université de Genève, le mandat de rédiger un rapport concernant les effets de la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, du 7 avril 2006 (LComPS; K 3 03).

En effet, l'article 32 de cette loi prévoit que ses effets sont évalués par une instance extérieure et que tous les deux ans, le Conseil d'Etat présente au Grand Conseil un rapport communiquant les résultats de cette évaluation.

Il s'agit là de la première évaluation de cette loi entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006.

Pour rappel, le législateur a confié à cette autorité deux types de missions.

D'une part, elle est chargée de la surveillance – dans les secteurs privé et public – des professionnels de la santé et des institutions de santé, conformément à la loi sur la santé, du 7 avril 2006. Dans le cadre de ce volet dit disciplinaire, elle exerce un pouvoir décisionnaire, à une seule exception, soit lorsqu'elle estime qu'une interdiction temporaire ou définitive de pratique ou d'exploitation est nécessaire. Dans ce cadre, elle soumet un préavis dans ce sens au département, lequel prononce une décision.

Elle fonctionne également comme organe de recours contre les amendes infligées par le médecin cantonal et le pharmacien cantonal.

D'autre part, elle est chargée de la protection des personnes atteintes de troubles psychiques et de déficience mentale, conformément à la loi sur la

privation de liberté à des fins d'assistance, du 7 avril 2006. Dans ce cadre, elle statue d'office ou sur recours sur les décisions d'admissions non volontaires de patients dans une institution de santé, ainsi que lors de sortie refusée par le médecin responsable du service dans lequel le patient est hospitalisé. Elle est également compétente pour statuer sur les demandes d'interdiction ou de levée des mesures de contrainte.

Enfin, elle peut faire examiner toute personne qui lui est signalée comme atteinte de troubles psychiques par sa famille, ses proches, un médecin, les autorités ou toute autre personne.

La commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients a remplacé, dès le 1^{er} septembre 2006, la commission de surveillance des activités médicales et la commission de surveillance des professions de la santé, qui exerçaient leurs compétences, pour l'une dans le secteur public, et pour l'autre dans le secteur privé. Ces deux anciennes commissions étaient régies par les mêmes règles procédurales, mais leur composition et leurs attributions étaient différentes. De plus, la nouvelle commission de surveillance a repris une grande partie des missions dévolues jusqu'alors au Conseil de surveillance psychiatrique.

Dans le cadre de son mandat, l'experte a analysé plus particulièrement les innovations introduites par la loi K 3 03.

Au terme du rapport que vous trouverez ci-joint, M^{me} D. Manaï formule un certain nombre de conclusions et de remarques générales qui peuvent se résumer ainsi :

- l'institution d'une commission unique pour les patients souffrant de troubles somatiques ou psychiques, comme voulue par le législateur en 2006, est en harmonie avec l'évolution de la conception moderne des droits des patients.
- l'attribution au patient de la qualité de partie améliore incontestablement le statut de ce dernier, mais contribue aussi à une juridicisation de la procédure, qui devient plus lourde, ainsi qu'à une juridicisation des questions traitées devant la commission de surveillance.
- les dossiers se sont complexifiés et le volume des procédures s'est amplifié depuis 2007. Dès lors, si le bon traitement des causes par la commission de surveillance a été jusqu'ici assuré, un renfort juridique serait à terme nécessaire.
- l'institution d'un Bureau, visant à assurer une meilleure efficacité de la commission de surveillance et une célérité dans les prises de décisions, allège effectivement le travail de cette autorité en procédant à l'examen préalable des plaintes et dénonciations en vue de leur répartition

(classement immédiat, médiation, renvoi en sous-commission pour instruction).

- la loi genevoise a mis en place un système qui offre de bonnes garanties pour une médiation. L'experte estime que la médiation devrait toutefois être plus encouragée par le législateur, notamment en faisant obligation au Bureau de la proposer systématiquement, à moins qu'un intérêt public prépondérant ne s'y oppose.
- la composition de la commission de surveillance est globalement satisfaisante, mais quelques ajustements seraient souhaitables, notamment en prévoyant la représentation de spécialisations dites sensibles (un gynécologue et un pédiatre).
- d'une manière toute générale, la loi sur la commission de surveillance ainsi que le fonctionnement qui y est décrit restent opaques et peu intelligibles pour un non juriste.
- outre ces conclusions générales, M^{me} D. Manaï fait un certain nombre de propositions de modifications d'articles légaux.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les Députés, à prendre acte du rapport ci-joint. Il est précisé que les réflexions de l'experte devront être intégrées dans la future modification de la loi sur la commission de surveillance qui devra être adoptée d'ici le 1^{er} janvier 2013, suite à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions fédérales en matière de protection des adultes.

Cette révision aura un impact sur le fonctionnement de la commission de surveillance, puisque les compétences psychiatriques décrites ci-dessus devront être transférées au pouvoir judiciaire.

Ce transfert permettra alors à la commission de surveillance d'exercer ses compétences disciplinaires avec des ressources juridiques adéquates.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat ne propose pas à ce stade d'augmentation de postes pour cette autorité.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

La chancelière :
Anja WYDEN GUELPA

Le président :
Mark MULLER

Annexe :

Rapport concernant les effets de la loi sur la commission de surveillance

Rapport concernant les effets de la loi sur la commission de surveillance

Dominique Manaï
Professeure à la Faculté de droit
Université de Genève

10 mai 2011.

Rapport concernant les effets de la loi sur la commission de surveillance

La Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients est l'autorité que toute personne peut saisir, indépendamment des voies de droit ordinaires, pour alléguer une violation d'un droit reconnu aux patients dans la loi sur la santé (art. 41 LS¹) et dans la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 9, 10, 12 et 16 LPLA²). La loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006³ règle la procédure.

Le 18 novembre 2010, le Département des affaires régionales, de l'économie et de la santé m'a fait l'honneur de me confier le mandat d'évaluer les effets de la loi sur la commission de surveillance. L'évaluation de la loi est prévue par l'article 32 de la loi sur la commission de surveillance. Pour cette évaluation, j'ai bénéficié, en plus des instruments traditionnels du juriste (loi, jurisprudence, doctrine), des rapports d'activité de cette nouvelle commission jusqu'en 2009 et de deux entretiens (l'un avec la Directrice de la Commission de surveillance et l'autre avec le Président, le vice-Président et la Directrice de la Commission).

Dans le cadre de ce mandat, sept questions m'ont été posées.

1. Analyse de l'activité de la commission de surveillance (durée moyenne du traitement des affaires, nombre de décisions rendues, nombre de recours, issue des recours).
2. Adéquation des moyens mis à la disposition de la commission de surveillance pour assurer ses missions (avec analyse du volume des cas, de la complexité des affaires, de la structure administrative au service de la commission, du type d'intervenants, de la juridicisation, du recours aux médias, de l'entraide entre les services)
3. Quid de l'attribution à la même autorité de la protection des personnes souffrant de troubles somatiques et de troubles psychiques ?
4. Quid du fonctionnement de la commission de surveillance et de sa composition par rapport aux missions psychiatriques et disciplinaires ?
5. Quid du fonctionnement du Bureau ? A-t-il permis d'atteindre le but visé, à savoir une plus grande rapidité de décision ?
6. Quel bénéfice a été tiré de l'institution de la médiation ?

¹ Loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS), RS/GE K 1 03.

² Loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance du 7 avril 2006 (LPLA), RS/GE K 1 24.

³ Loi sur la commission de surveillance des professionnels de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006 (LComPS), RSG K 3 03.

7. Quid de l'attribution aux patients de la qualité de partie et ses conséquences ?

Je me propose de répondre, dans le présent rapport, à chacune des questions le plus rigoureusement possible avec le souci d'aboutir à une conclusion intermédiaire pour chacune des questions traitées. Ce faisant, je serai en mesure de parvenir à une conclusion générale.

Question 1 Analyse de l'activité de la Commission de surveillance

La Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients a remplacé, depuis le 1^{er} septembre 2006, les deux anciennes commissions: dans le secteur public, la commission de surveillance des activités médicales et, dans le secteur privé, la commission de surveillance des professions de la santé. Ces deux anciennes commissions étaient régies par les mêmes règles procédurales, mais leur composition et leurs attributions étaient différentes. Il est apparu qu'aucune raison ne justifiait un traitement différent des plaintes qui risquait de créer des inégalités entre le secteur privé et public⁴. La nouvelle Commission de surveillance a non seulement repris les tâches des deux commissions précédentes, à savoir l'instruction des procédures dites disciplinaires, exceptées les requêtes en secret professionnel, mais elle a aussi repris certaines missions dévolues jusqu'alors au conseil de surveillance psychiatrique. Il lui appartient dès lors de contrôler d'office ou sur recours les décisions d'admission non volontaires de patients atteints de troubles psychiques, d'examiner d'office les sorties refusées par le médecin responsable du service ainsi que les décisions suite à des demandes relatives à des mesures de contrainte. C'est ainsi que la Commission de surveillance est chargée de deux types de missions (art. 1 al. 2 LComPS) : la première, veiller au respect des prescriptions légales régissant les professions de la santé et les institutions de santé visées par la loi sur la santé du 7 avril 2006, et la seconde, assurer la protection des personnes atteintes de troubles psychiques et de déficience mentale, conformément à la loi sur la santé et à la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance du 7 avril 2006. Dans tous les cas, elle veille au respect du droit des patients (art. 1 al. 3 LComPS). Analysons ces deux missions.

1.1. Mission disciplinaire

Dans le cadre de cette mission disciplinaire, la Commission se prononce sur tous les cas portés à sa connaissance concernant les professions de la santé (visées par le règlement sur les

⁴ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5734.

professions de la santé⁵ et par le règlement sur les institutions de santé⁶) et examine toutes les affaires médicales du secteur privé ou public. Les rapports d'activité de la Commission nous permettent de constater que les dossiers soumis à l'instruction sont de plus en plus nombreux : entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 2006, il y en avait 11 ; en 2007, 39 ; en 2008, 70 et en 2009, 81.

Ces dossiers reflètent trois activités imparties à la Commission dans le cadre de sa mission disciplinaire.

La Commission instruit les cas de violation des dispositions de la loi sur la santé ou de la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé, ainsi que les cas de violation des droits des patients (art. 7 al. 1 let a LComPS). Le pouvoir de la Commission est *consultatif*, lorsque la violation des obligations du professionnel de la santé est susceptible d'entraîner une interdiction temporaire ou définitive de pratique, ou une limitation ou un retrait de l'autorisation d'exploitation, conformément à la loi sur la santé (art. 19 LComPS). Elle émet un préavis destiné au Chef du Département des affaires régionales, de l'économie et de la santé qui rend une décision. En 2008, elle a émis un seul préavis, de même qu'en 2009.

La Commission instruit les cas mentionnés ci-dessus (art. 7 al. 1 let a LComPS) avec un pouvoir *décisionnaire*, lorsque la violation des obligations du professionnel de la santé est susceptible d'entraîner un avertissement, un blâme et/ou une amende jusqu'à 20 000 F (l'article 20 alinéa 2 LComPS doit être modifié en conformité à l'article 127 alinéa 1 lettre a loi sur la santé et à l'article 43 alinéa 1 lettre c de la loi sur les professions médicales⁷). En cas de violation des droits des patient, elle peut émettre une injonction impérative au praticien concerné ou une décision constatatoire (art. 20 al. 1 LComPS). En 2008, elle a prononcé trois avertissements, deux amendes, un blâme et un blâme assorti d'une amende et en 2009, neuf avertissements, deux blâmes et deux blâmes avec amendes. En 2007, en 2008 et en 2009, elle a émis chaque année une injonction impérative.

⁵ Règlement sur les professions de la santé du 22 août 2006 (RSP), RS/GE K 3 02.01.

⁶ Règlement sur les institutions de santé du 22 août 2006 (RISanté), RS/GE K 2 05.06

⁷ Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006, RS 811.11.

La Commission fonctionne comme *organe de recours* contre les amendes infligées par le médecin cantonal et le pharmacien cantonal concernant les professionnels de la santé et les institutions de santé (art. 7 al. 1 let b LComPS⁸). Un seul cas s'est présenté en 2009.

1.2. Mission psychiatrique

Dans le cadre de cette mission, la Commission a une compétence décisionnaire. Nous avons réparti les dossiers psychiatriques soumis à la Commission en cinq activités.

1.2.1. La Commission peut faire examiner toute personne qui lui est *signalée* comme atteinte de troubles psychiques ou de déficience mentale (art. 7 al. 1 let c LComPS). Le signalement peut émaner de la famille, des proches, du médecin, d'une autorité ou de toute personne. Après une brève instruction, il est décidé de mandater ou non un médecin psychiatre auprès de la personne en vue d'une évaluation et d'une éventuelle hospitalisation en milieu spécialisé. Pour procéder à l'examen du patient ou le faire hospitaliser, il est possible de faire appel à des personnes qualifiées ou, en *ultima ratio*, à la police (art. 26 LComPS ; art. 8 LPLA). En 2008 – 2009, les signalements ont quelque peu diminué mais le nombre de mandats d'évaluation psychiatriques est resté stable. Du 1^{er} septembre au 31 décembre 2006, 30 cas ont été signalés ; en 2007, 110 ; en 2008, parmi les 85 cas signalés, 25 mandats d'évaluation psychiatrique, lesquels ont conduit à 13 hospitalisations et en 2009, 72 cas signalés, parmi lesquels 23 mandats d'évaluation psychiatriques dont 9 ont conduit à une hospitalisation.

1.2.2. La Commission statue *d'office sur une décision d'admission non volontaire* de patients hospitalisés en milieu psychiatrique (art. 7 al. 1 let d LComPS ; art. 10 LPLA). Elle se prononce dans les trois jours ouvrables sur le bien-fondé de ces admissions et contrôle le certificat médical établi par un médecin porteur d'un titre FMH qui atteste que les conditions d'une hospitalisation non volontaire sont remplies (symptômes présentés par le patient, motifs nécessitant l'admission dans une institution de santé et degré d'urgence de cette admission selon l'article 7 LPLA). En pratique il n'est pas rare que le même patient soit hospitalisé contre son gré à plusieurs reprises. La saisine d'office de la commission lui permet « de veiller à la protection des personnes atteintes de troubles psychiques et de déficience

⁸ La lettre b de l'article 7 alinéa 1 a été introduite le 19 septembre 2008 lors d'une modification de la loi ; elle est entrée en vigueur le 25 novembre 2008.

mentale »⁹. Cette fonction a connu un développement exponentiel en 2007. Entre le 1^{er} septembre et le 31 décembre 2006, la Commission a procédé à l'examen d'office de 782 entrées non volontaires ; en 2007, ce chiffre est passé à 1943 ; en 2008, la Commission a effectué 2160 examens d'office et en 2009, 1779. Les hospitalisations non volontaires à Genève semblent plus nombreuses que celles constatées dans d'autres cantons. Deux médecins et un sociologue tentent une explication : « A Genève, peut-être davantage qu'ailleurs, l'étroite surveillance dont font l'objet les établissements de soins et les pressions contradictoires qui pèsent sur les soignants amènent les psychiatres à se plier au climat sécuritaire ambiant et à prononcer des HNV qui, tout en ne dérogeant pas à la loi, les mettent à l'abri d'éventuelles procédures disciplinaires, voire judiciaires »¹⁰.

1.2.3. En outre, la Commission statue sur *recours* du patient contre une *décision d'admission non volontaire* (art. 7 al. 1 let d LComPS ; art. 29 al. 1 let a LComPS). Le recours est intenté au plus tard dans les 10 jours (art. 9 LPLA) sous la forme d'une simple requête (art. 29 al. 2 LComPS). Après avoir entendu le patient, oralement pour autant que son état de santé le permette (art. 29 al. 1 LComPS), la Commission rend une décision succinctement motivée, dans un délai de trois jours ouvrables dès réception du recours (art. 29 al. 3 LComPS). En 2006, du 1^{er} septembre au 31 décembre, 2 recours ont été déposés ; en 2007, 20 recours ; en 2008, 31 recours dont 2 ont été admis et en 2009, 18 recours dont 2 admis.

1.2.4. La Commission statue *d'office sur les sorties refusées* par le médecin responsable du service (art. 7 al. 1 let c LComPS ; art. 29 al. 1 let b LComPS ; art. 12 al. 3 LPLA). Après avoir entendu le patient, oralement pour autant que son état de santé le permette, et le médecin (art. 29 al. 1 LComPS), elle rend une décision succinctement motivée dans un délai de trois jours ouvrables dès le refus de sortie (art. 29 al. 3 LComPS). La Commission ne se borne pas à entériner le refus du médecin. Elle exerce à ce propos un véritable contrôle. En 2006 (1^{er} septembre-31 décembre), la Commission a statué sur 119 refus de sortie ; en 2007, sur 350 refus de sortie ; en 2008, sur 365 refus de sortie parmi lesquels la Commission a admis 11 sorties et en 2009, 374 refus de sortie parmi lesquels la Commission a admis 24 sorties.

⁹ PL 9327, MGC 2003.2004/XI A 5760, Projet de loi concernant la privation de liberté à des fins d'assistance, ad art. 9.

¹⁰ Rey-Belet P. / Berdet Blochet A. / Ferrero F., Hospitalisations non volontaires à Genève : la liberté sous contrainte ?, Schweizer Archiv für Neurologie und Psychiatrie, 2010, 161, p. 92.

1.2.5. Enfin, la Commission statue sur les demandes relatives aux *mesures de contraintes* (art. 7 al. 1 let f LComPS ; art. 29 al. 1 let c LComPS). La loi sur la santé prévoit la possibilité de recourir à des mesures de contrainte, à titre exceptionnel (art. 50 et 51 LS). Ces dispositions ne visent pas spécifiquement les patients atteints de troubles psychiques mais tous les patients. Le patient, son représentant ou un proche peut demander à la Commission de surveillance l'interdiction ou la levée de mesures de contrainte (art. 51 al. 2 LS). Après avoir, dans la mesure du possible, entendu le patient et le médecin (art. 29 al. 1 LComPS), la Commission rend une décision succinctement motivée (art. 27 LComPS) dans un délai de trois jours ouvrables (art. 29 al. 4 LComPS). En 2006, 9 demandes de levée de mesures de contrainte ont été déposées ; en 2007, 68 ; en 2008, 40 demandes dont 5 ont abouti et en 2009, 25 demandes dont 5 ont été admises. En 2008, le Tribunal fédéral a annulé une décision confirmant le maintien d'une mesure de contrainte (placement en chambre fermée sécurisée). Il a jugé que la mesure litigieuse avait été ordonnée à titre punitif, qu'elle était illicite au regard de la loi (interdiction de la mise en cellule d'isolement à caractère carcéral, art. 50 al. 4 LS) et que, de toutes les manières, elle ne respectait pas le principe de la proportionnalité¹¹.

1.3. Conclusion intermédiaire

Au terme de l'examen des activités de la Commission, force est de constater que ses tâches sont fort diverses et surtout multiples. Les missions réparties entre les trois anciennes commissions sont concentrées à présent dans la nouvelle Commission de surveillance. La Commission cumule ainsi les fonctions d'autorité de surveillance, d'instance de gestion des plaintes / dénonciations et d'organe de garantie du respect des droits des patients.

De surcroît, son rôle n'est plus seulement consultatif, comme avant l'entrée en vigueur de la LComPS, mais dans toutes ses activités, sauf une, la Commission a un pouvoir décisionnaire. Ce qui est très lourd au regard des chiffres reflétant ses activités : pour le volet disciplinaire, en 2007, 39 dossiers en instruction ; en 2008, 70 dossiers et en 2009, 81 dossiers. A cela s'ajoute le volet psychiatrique, en 2007, 2 491 dossiers sont parvenus à la Commission ; en 2008, 2681 dossiers et en 2009, 2268 dossiers. Et pour la plupart de ces dossiers, la Commission doit se prononcer dans un délai très bref selon le principe de célérité¹² (en l'espèce trois jours ouvrables), elle doit entendre les parties et rendre une décision succinctement motivée.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 13 mars 2008, TF 5A_656/2007.

¹² Conformément à l'article 5 alinéa 4 CEDH.

A titre indicatif, il est intéressant de rapprocher ces chiffres avec ceux des anciennes commissions : devant la commission de surveillance des activités médicales, en 2001 28 dossiers étaient en cours ou avaient fait l'objet d'un préavis ; en 2002, 31 dossiers ; en 2003, 38 dossiers ; en 2004, 38 dossiers et en 2005, 41 dossiers. Devant la commission de surveillance des professions de la santé, nous trouvons en 2001, 82 dossiers ; en 2002, 84 dossiers ; en 2003, 98 dossiers ; en 2004, 71 dossiers et en 2005, 95 dossiers. Le volume des activités de la Commission s'est donc considérablement multiplié par rapport à celui des anciennes commissions.

Question 2 Adéquation des moyens mis à disposition de la Commission de surveillance pour assurer ses missions

2.1. Moyens mis à disposition de la Commission

En vue d'assurer ses missions, la *structure administrative* de la Commission de surveillance est composée de trois secrétaires (un-e à 100%, un-e à 80% et un-e autre à 50%) et de deux juristes à 100%, dont l'un-e assume à la fois les fonctions de directeur-riche et de greffier-e-juriste.

2.2. Ces moyens sont-ils adéquats pour remplir les missions ?

Cette structure administrative doit être analysée à la lumière de cinq paramètres, afin de pouvoir évaluer son adéquation pour mener à bien ses missions.

2.2.1. En premier lieu, le *volume des cas* a explosé : le nombre de plaintes depuis 2007 avoisine les 90 (alors que dans les anciennes commissions il oscillait entre 49 en 2001 et 64 en 2005). A cela il convient d'ajouter l'examen des dossiers psychiatriques : 2 491 en 2007, 2 681 en 2008 et 2 268 en 2009.

2.2.2. En deuxième lieu, les dossiers se sont *complexifiés* : la Commission de surveillance se prononce sur tous les cas portés à sa connaissance qui concernent l'une des trente professions de la santé visées par le règlement sur les professions de la santé du 22 août 2006¹³. Elle traite aussi toutes les affaires médicales qui se déroulent dans les institutions de santé visées par le règlement sur les institutions de santé du 22 août 2006¹⁴, à savoir les établissements médicaux privés et publics; les établissements médico-sociaux; les organisations d'aide et de

¹³ RSP, RS/GE K 3 02.01.

¹⁴ RISanté, RS/GE K 2 05.06.

soins à domicile; les laboratoires d'analyses ou de recherches médicales; les services d'ambulance; les institutions de lutte contre les dépendances; les institutions de promotion de la santé et de prévention; les autres institutions spécialisées; les pharmacies publiques; les drogueries et les commerces d'opticien. Le rapport d'activités 2009 fait état de la complexité de plus en plus grande des dossiers et des questions médicales de plus en plus ardues.

2.2.3. En troisième lieu, il importe de souligner la difficulté accrue des questions juridiques qui entraîne une *juridicisation* de la procédure devant la Commission. Trois éléments majeurs ont, à notre avis, contribué à cette juridicisation : d'abord l'attribution au patient de la qualité de partie (art. 9 LComPS). Celle-ci oblige la Commission à rendre une décision sur le fond de la demande, ou, en tout cas, rendre une décision sur la recevabilité de celle-ci, c'est-à-dire sur le droit du patient à ce que l'instance entre en matière sur le fond. Ensuite, la Commission de surveillance a une compétence décisionnaire très étendue (décision de classement pour griefs infondés, injonction impérative adressée au professionnel de la santé mis en cause, décision constatatoire de violation des droits des patients) et une compétence de prononcer des sanctions (avertissement, blâme, amende jusqu'à CHF 20 000). Enfin, l'instruction de certains dossiers est rendue plus fastidieuse par les demandes des parties de renvoi d'audiences ou de report des délais.

Cette juridicisation de la procédure devant la Commission conduit à une *judiciarisation* des dossiers: les parties sont de plus en plus souvent assistées d'un avocat et les conclusions de la Commission de surveillance sont souvent utilisées dans des procédures contentieuses, en particulier civiles, cela d'autant plus que la procédure devant la Commission est gratuite. Par ailleurs, certains dossiers font l'objet d'une procédure pénale ou civile parallèle, ce qui nécessite, de la part de la sous-commission, une décision de suspension provisoire en cours d'instruction.

2.2.4. En quatrième lieu, la palette des *types d'intervenants* dans la Commission est extrêmement large : les dossiers peuvent concerner l'une des trente professions de la santé. C'est pourquoi la loi prévoit que, selon la nature de l'affaire, la Commission peut faire intervenir tout autre praticien ou spécialiste de la branche en cause (art. 3 al. 4 LComPS). Pour les dossiers de personnes souffrant de troubles psychiques, elle peut faire appel à un psychiatre figurant sur la liste établie par le Conseil d'Etat à cet effet (art. 3 al. 5 LComPS). Tel est le cas lorsqu'aucun membre titulaire ou suppléant n'est disponible pour la délégation en raison notamment de vacances, de maladie ou d'accident. Pour les affaires vétérinaires, le

vétérinaire cantonal assiste aux séances, sans droit de vote (art. 3 al. 6 LComPS). De plus, comme nous l'avons déjà mentionné, les avocats des patients interviennent de plus en plus souvent devant la Commission.

2.2.5. En cinquième lieu, *l'entraide entre les services* est un aspect non négligeable de la fonction de la Commission en tant qu'organe de surveillance: le Bureau a un devoir d'informer le médecin cantonal, le pharmacien cantonal ou le vétérinaire cantonal de l'ouverture d'une procédure et lui transmettre la plainte ou la dénonciation, (art. 10 al. 3 LComPS). Par ailleurs, si un intérêt public le justifie, il a la possibilité d'informer la direction d'une institution de santé de l'ouverture d'une procédure concernant l'un de ses employés, puis de lui transmettre copie de la plainte ou de la dénonciation (art. 10 al. 4 LComPS). Et toujours si un intérêt public le justifie, la direction de l'institution de santé sera informée de la décision issue de cette procédure (art. 21 al. 4 LComPS).

2.3. Pratique développée par la Commission pour veiller au respect des droits des patients

En plus de ses obligations légales, la Commission a développé, dans sa pratique depuis le commencement de son activité, une collaboration soutenue avec les autres institutions dans l'objectif de veiller au respect des droits des patients. Ainsi, en 2007, la collaboration du Procureur général et du président du Tribunal tutélaire, membres titulaires sans droit de vote au sein de la commission (art. 3 al. 3 let d LComPS), a permis d'aboutir à un accord dans le but de mieux préserver la sphère privée des patients. En effet, contrairement à la pratique de l'ancien Conseil de surveillance psychiatrique, les listes de patients faisant l'objet d'une hospitalisation non volontaire ne sont désormais plus transmises telles qu'elles, mais sont déposées pour consultation au greffe de la Commission de surveillance. De plus, afin de tenir compte du besoin de protection de certains patients, le président du Tribunal tutélaire et, le cas échéant, le Procureur général sont informés par la Commission de surveillance des cas qui pourraient nécessiter leur intervention. En 2008, la Commission de surveillance a insisté sur l'importance de l'information relative aux décisions médicales. En effet, elle a d'abord attiré l'attention des professionnels des institutions de santé sur l'importance de consigner dans le dossier médical les éléments justifiant leur prise de décision thérapeutique. Ensuite, la Commission veille à ce que les protocoles justifiant le recours à des mesures de contrainte mentionnent toutes les informations nécessaires pour répondre aux conditions légales, conditions qui sont restrictives. Enfin, la Directrice de la Commission de surveillance ainsi

que son Président ont été entendus devant la Commission des droits de l'homme en milieu psychiatrique pour rappeler les innovations du point de vue de la protection des droits du patient introduites par la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance. En 2009, la Commission a pris des mesures pour, le cas échéant, protéger les proches d'un patient hospitalisé. En effet, suite à une intervention du président du Tribunal tutélaire, la Commission a jugé opportun de modifier le formulaire officiel de demande d'admission non volontaire d'une personne souffrant de troubles psychiques. Le médecin requérant l'hospitalisation doit désormais remplir une rubrique indiquant s'il existe ou non, à sa connaissance, des éléments nécessitant une investigation sociale urgente pour le patient ou ses proches. Si la case « oui » ou « ne sait pas » est cochée, le service social des HUG doit être immédiatement informé de l'hospitalisation par le médecin qui reçoit le patient. Un fait divers tragique révélé par la presse en 2001¹⁵, sans être à l'origine de la procédure mise sur pied en 2009 par la Commission, illustre les conséquences possibles d'un défaut de collaboration entre les services. Il s'agit du décès d'une fillette âgée de 16 mois, le 8 mai 2001, suite à l'incarcération de sa mère. Rappelons brièvement ce qui s'était produit : la mère, une jeune femme âgée de 19 ans, toxicomane, avait fait l'objet d'une arrestation et d'une incarcération immédiate pour vols à l'étalage. Au moment de son arrestation, la jeune femme ne précise pas aux agents de police qu'elle est mère d'une fillette. L'autopsie a révélé que l'enfant, restée seule dans l'appartement, était morte de faim et de soif. Le Conseil d'Etat a ordonné un rapport quant aux interventions des différents services dans le cadre de ce drame. Cette tragédie a mis en évidence la pertinence de procéder, lors d'une hospitalisation non volontaire, à une analyse succincte de la situation familiale du patient, afin de déterminer si des proches (enfants mineurs, personnes âgées ou handicapées) nécessitent une assistance pendant cette période.

2.4. Conclusion intermédiaire

Les moyens mis à disposition de la Commission de surveillance (en particulier deux juristes) semblent faibles aussi bien par rapport au nombre de dossiers traités par la Commission, que par la complexité et la diversité des questions juridiques soulevées par la juridicisation de cette procédure, tant sur le plan de la forme que du fond. Les activités de surveillance, de gestion des plaintes ou dénonciations et de défense des droits des patients dont la Commission a la charge sont d'une importance fondamentale du point de vue de la santé publique. Il est

¹⁵ Tribune de Genève, 2 juin 2001 ; 6 juin 2001 ; 7 juin 2001 ; 9 juin 2001 ; 11 juin 2001.

dès lors surprenant que seuls deux juristes soient inclus dans la structure administrative de la Commission. La LComPS prévoit des greffiers-juristes (art. 6 al. 1 LComPS). Actuellement, le greffe est composé de deux greffiers-juristes, dont l'une est chargée des procédures disciplinaires et l'autre du volet psychiatrique. Cette dernière assiste la première dans la mesure de ses disponibilités. La greffière-juriste chargée des procédures disciplinaires assume aussi la direction de la Commission. Cette situation n'est pas optimale. Cela d'autant plus que l'exposé des motifs de la LComPS soulignait qu'un renfort de moyens serait nécessaire pour permettre à la nouvelle commission d'assumer ses tâches¹⁶. Selon les différents rapports d'activité de la Commission de surveillance depuis le 1^{er} septembre 2006, ces tâches se sont très fortement alourdies. Nous estimons que les moyens mis en place lors de la création de la nouvelle commission ne sont plus vraiment adaptés à cette situation. La collaboration d'un juriste supplémentaire permettrait à la Commission d'assumer ses missions avec plus d'aisance.

Question 3 Quid de l'attribution à la même autorité de la protection des personnes souffrant de troubles somatiques et de troubles psychiques ?

Une commission de surveillance unique est instituée en vue d'assurer le respect des droits des patients somatiques et psychiques (art. 1 LComPS).

Nous avons relevé quatre idées principales qui justifient cette unification.

La première raison qui justifie la création d'une commission unique porte sur l'*harmonisation des droits des patients*¹⁷ dans l'esprit de la réforme du droit sanitaire entreprise par le législateur genevois dès avril 2002 et marquée par le besoin de disposer d'une législation adaptée à la situation actuelle et à l'avenir¹⁸. La notion de « droits des patients » date des années quatre-vingt¹⁹, alors que matériellement ils proviennent des droits de la personnalité prévus par le Code civil suisse de 1907. Notons que l'égalité entre les patients somatiques et psychiques ainsi que la fusion des deux anciennes commissions de surveillance et du conseil de surveillance psychiatrique dans une commission unique étaient approuvées lors de la procédure de consultation. L'harmonisation des droits des patients rappelle que ces droits

¹⁶ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5734.

¹⁷ PL 9327, MGC 2003-2004/XI A 5755.

¹⁸ PL 9328, MGC 2003-2004/XI A 5821.

¹⁹ Clément T. / Hännli C., La protection des droits des patients dans les législations cantonales, Rapport IDS n° 1, 2003, p. 52.

émanent des droits de la personnalité, droits reconnus à chacun et doivent être appliqués de la même manière à toutes les catégories de patients²⁰. Cette unification place la personne au cœur de la refonte du droit sanitaire genevois, une personne saisie dans ses différentes trajectoires de vie²¹.

La deuxième raison qui justifie la protection des droits des patients à une même autorité consiste à reconnaître que la conception de la santé a elle aussi changé. Cette conception met l'accent sur la *personne dans sa globalité*. Les débats parlementaires qui ont entouré l'adoption des trois lois dans le domaine de la santé (LS, LPLA, LComPS) démontrent une volonté de remédier à une situation insatisfaisante marquée par une constellation de lois spécifiques, situation qui morcelle l'individu selon la pathologie et le problème de santé qu'il rencontre²². La loi sur la santé définit celle-ci comme « *un état physique, psychique et social qui favorise à tout âge l'équilibre de la personne au sein de la collectivité* » (art. 2 al. 1 LS). Cette définition met l'accent sur la précarité de la condition humaine, soumise à des fluctuations. Elle souligne aussi les aspects psychologiques et sociaux de la santé à côté des aspects purement biologiques²³. Dans cette même perspective, la révision du droit de la protection de l'adulte supprime le terme de « *malade mental* » pour le remplacer par celui moins stigmatisant et moins statique de personne atteinte de « *trouble psychique* »²⁴.

La troisième raison qui justifie l'institution d'une même commission pour tous les patients est la suivante : le législateur assure ainsi une *unification de l'interprétation du droit* et une *identité des voies de droit* pour tous les patients (art. 41 LS). Le souci du législateur, souci qui ressort des travaux préparatoires était de ne pas amoindrir les droits des patients atteints de troubles psychiques²⁵. Si bien que des droits plus larges conférés aux patients atteints de troubles psychiques ont été étendus aux patients atteints de troubles somatiques²⁶. Par exemple, le conseiller accompagnant réservé initialement aux patients psychiques²⁷ est

²⁰ PL 9328, MGC 2003-2004/XI A 5834.

²¹ Manaf D., Les droits du patient face à la biomédecine, Berne, Stämpfli, 2006, p. 36 ; Geiser T., Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, 3, p. 91.

²² PL 9326, MGC 2005-2006/VII D/31 2244

²³ PL 9328, MGC 2003-2004/XI A 5830.

²⁴ Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil suisse (protection de l'adulte), FF 2006 6635, p. 6695, ad art. 426nCC.

²⁵ PL 9326, MGC 2005-2006/VII A 5321.

²⁶ PL 9328, MGC 2003-2004/XI A 5828.

²⁷ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation R(83)2 sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires du 23 février 1983, art. 4 al. 2, troisième phrase.

désormais prévu pour tous les patients en institution de santé (art. 38 LS). Ceci en accord avec la révision du droit de la protection de l'adulte qui règle le « placement à des fins d'assistance » (art. 426ss nCC), susceptible de concerner tous les patients dont la protection ne peut être assurée que par un placement dans une institution. L'exposé des motifs souligne que le terme « placement » a été préféré à « privation de liberté » afin de ne pas assimiler cette mesure d'assistance avec la privation de liberté au sens du Code pénal²⁸.

La quatrième raison qui justifie l'institution d'une commission unique est la réglementation internationale. En effet, les *textes supra nationaux* assimilent les personnes souffrant de troubles somatiques et celle souffrant de troubles psychiques. La psychiatrie moderne considère le patient psychique comme un malade ordinaire et démontre que l'amélioration de son état est liée à son intégration dans la vie quotidienne²⁹. Cette conception médicale a provoqué un vaste mouvement de réforme législative internationale visant à éliminer les risques de ségrégation des malades mentaux et des possibilités d'abus. L'Association mondiale de psychiatrie dans sa Déclaration d'Awaï de 1977 entérine ce changement et utilise le terme « patient », plutôt que « malade mental ». Il en va de même dans la Recommandation R(83)2 du Conseil de l'Europe. Cette nouvelle terminologie souligne l'égalité de traitement entre les individus souffrant d'une maladie somatique et ceux atteints d'une maladie mentale. Tous sont des patients qui jouissent des mêmes droits. C'est dans cet esprit que la recommandation Rec(2004)10 du Conseil de l'Europe préconise d'informer les personnes traitées ou placées en relation avec des troubles mentaux de leurs droits en tant que patients (art. 6)³⁰.

Conclusion intermédiaire

A la lumière de ce qui précède, nous considérons que l'attribution à la même autorité de la protection des droits des patients correspond à une conception moderne de la santé, selon laquelle les affections psychiques et physiques sont en interaction. La LComPS se situe, à cet égard, dans la ligne du droit européen et du nouveau droit fédéral de la protection de l'adulte, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013. A une conception uniforme des droits des patients correspond une instance unique chargée de veiller au respect de ces droits.

²⁸ Conseil fédéral, Message concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte), FF 2006 6635, p. 6658.

²⁹ Bino M.-A., Hospitalisation forcée et droits du malade mental, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006, p. 47.

³⁰ Recommandation Rec(2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux, adoptée le 22 septembre 2004.

Question 4 Quid du fonctionnement de la Commission de surveillance et de sa composition par rapport aux missions psychiatriques et disciplinaires ?

La Commission est saisie soit d'office, soit sur plainte ou dénonciation (art. 8 LComPS). Tant le plaignant que le professionnel de la santé ou l'institution de santé ont qualité de parties (art. 9 LComPS). Toutes les séances, y compris celle des sous-commissions et des délégations, ont lieu à huis clos (art. 12 LComPS). La loi prévoit que le greffe de la Commission est composé de greffiers-juristes rattachés au Département (art. 6 al. 1 LComPS). Un greffier-juriste assiste au moins aux séances des sous-commissions et de la commission plénière, dans toutes les phases de l'instruction des dossiers (art. 6 al. 2 LComPS)³¹. Concrètement, comme nous l'avons déjà signalé *supra*, la Commission dispose de deux greffiers-ères-juristes, dont l'un-e assume par ailleurs la direction de la Commission.

Pour répondre à la question qui nous est posée, nous commencerons par analyser le fonctionnement global de la Commission en rapport avec ses missions disciplinaires et psychiatriques (4.1), puis nous examinerons les différents organes qui traitent des dossiers soumis à la Commission (4.2./4.3). En effet, dans la mesure où la Commission de surveillance regroupe des compétences distribuées auparavant entre plusieurs instances, la loi différencie le traitement réservé au dossier en fonction de sa spécificité. Enfin, nous cernerons le fonctionnement de la commission plénière (4.4) avant de formuler une conclusion intermédiaire (4.5).

4.1. Fonctionnement de la Commission de surveillance

Les attributions de la Commission sont réparties entre les cinq organes suivants :

1. Les *sous-commissions* instruisent les dossiers en cas de violation de la loi sur la santé ou de la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance, ainsi que ceux qui font état de violation des droits des patients (art. 7 al. 1 let a et art. 17 al. 1 LComPS) et sur recours ceux concernant les amendes infligées par le médecin ou le pharmacien cantonal (art. 7 al. 1 let. b et art. 17 al. 1 LComPS). Ses conclusions sont ensuite transmises à la commission plénière (art. 17 al. 4 LComPS).
2. Les *délégations* exercent les compétences décisionnaires dans le domaine psychiatrique (art. 27 LComPS). La « petite » délégation de 3 membres peut faire

³¹ Le projet prévoyait que le greffier-juriste assisterait aux séances des délégations. Cette mention a été refusée au Grand Conseil afin de ménager une certaine souplesse pour l'organisation des séances (PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006).

examiner une personne signalée à la commission de surveillance (art. 7 al. 1 let c et art. 23 al. 1 LComPS). De plus, elle statue sur les demandes d'interdiction ou de levée des mesures de contraintes (art. 7 al.1 let. f et art. 23 al. 1 LComPS). La « grande » délégation de 4 membres statue d'office ou sur recours quant aux décisions d'admission non volontaire de patient psychiatrique (art. 7 al. 1 let. d et art. 23 al. 2 LComPS) et statue d'office sur les refus de sortie par le médecin responsable du service (art. 7 al. 1 let. e et art. 23 al. 2 LComPS).

3. Le *médiateur* intervient pour les litiges qui relèvent des compétences de la commission, lorsque le bureau l'estime opportun (art. 16 LComPS).
4. Le *bureau* rend des décisions de classement immédiat (art. 10 al. 2 let. a LComPS) lorsqu'il estime qu'une plainte ou une décision est manifestement mal fondée ou irrecevable notamment parce qu'elle sort du champ de compétence de la commission. Il décide d'envoyer un dossier en médiation (art. 10 al. 2 let b LComPS), en sous-commission (art. 10 let. c LComPS) ou à une délégation (art. 10 let. d LComPS).
5. La *commission plénière* (art. 18 LComPS) intervient pour les attributions qui lui sont directement dévolues, à savoir les émissions de directives et instructions (art. 7 al. 1 let. g LComPS). Elle statue sur les conclusions des sous-commissions (art. 17 al. 4 LComPS), alors que les rapports des délégations ne lui sont que rapportés (art. 27 al. 2 LComPS).

Ainsi, le bureau répartit les dossiers qui ne sont ni classés immédiatement, ni soumis à la médiation. Il les transmet selon leur nature soit aux sous-commissions soit aux délégations.

4.2. Les sous-commissions

Les sous-commissions jouent un rôle important dans l'instruction des dossiers quand bien même leurs conclusions sont soumises à la commission plénière qui, elle, statue (art. 17 al. 4 LComPS). Les sous-commissions sont composées de deux membres au minimum. A cet égard, la seule condition posée par la loi est la présence d'un médecin et d'un non-professionnel de la santé (art. 17 al. 1 LComPS). La sous-commission désigne en son sein un président (art. 16 al. 3 RComPS)³².

³² Règlement concernant la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 22 août 2006 (RcomPS), RS/GE 3 03.01

La sous-commission en charge du dossier procède aux investigations nécessaires à l'instruction. Elle peut notamment visiter sans préavis les locaux d'institution de santé ou des cabinets médicaux et accéder au dossier médical, voire saisir le dossier médical si les conditions légales sont remplies (art. 17 al. 2 et 3 LComPS).

La Commission de surveillance décide librement du nombre de sous-commissions et de la répartition des domaines d'activité (art. 16 al. 1 et 2 RComPS). Le greffier-juriste assiste aux séances des sous-commissions (art. 6 al. 2 LComPS).

Actuellement, il y a sept sous-commissions. La sous-commission en charge du dossier procède à un échange d'écritures, afin de donner à la partie mise en cause l'occasion de s'exprimer. Elle peut décider l'ouverture d'enquêtes, telle l'audition des parties ou de témoins, et faire un transport sur place. Elle accède au dossier médical du patient. Au terme de son instruction, la sous-commission prend des conclusions qu'elle soumet à la commission plénière. En 2008, les sous-commissions se sont réunies à 47 reprises, alors même que les travaux des deux anciennes commissions de surveillance des activités médicales et des professions de la santé ont été poursuivis en parallèle ; en 2009, les sous-commissions se sont réunies à 40 reprises.

4.3. Les délégations

La « petite » délégation se charge aussi bien d'examiner une personne atteinte de troubles psychiatriques suite à un signalement que de statuer sur des demandes de levées ou d'interdiction des mesures de contraintes (art. 7 al. 1 let c et f, art. 23 al. 1 LComPS). Elle est composée de trois membres, dont un psychiatre et un représentant de la défense des droits des patients.

Lorsqu'il s'agit de statuer sur une décision d'admission non volontaire ou un refus de sortie dans une institution psychiatrique (art. 7 al. 1 let d et e, art. 23 al. 2 LComPS), c'est la « grande » délégation qui traite du dossier. Cette délégation est composée de quatre membres, dont deux psychiatres et un représentant de la défense des droits des patients. Cette « grande » délégation a été proposée lors des débats au Grand Conseil : l'argument invoqué au Parlement genevois pour l'adjonction d'un deuxième alinéa à l'article 23 est que l'hospitalisation non volontaire n'est acceptable que pour autant qu'il y ait maladie mentale. A cet égard, il importe de donner un avis spécialisé ; ce qui justifie la présence de deux psychiatres dans cette

délégation³³. Le RcomPS précise que les psychiatres ne doivent pas être membres d'un établissement médical public (art. 21 al. 2 RComPS).

De surcroît, un juriste membre titulaire de la Commission doit être présent dans chaque délégation (art. 21 al. 1 RcomPS). Il constituera ainsi le troisième ou quatrième membre de la délégation. Le regard du juriste nous semble indispensable pour contrôler la validité juridique d'une décision d'importance cruciale pour le patient. En effet, même si le patient a un droit de recours contre les décisions des délégations (art. 30 LComPS), la garantie d'un respect scrupuleux de ses droits et de la procédure, complexe en ce domaine, doit être assurée pour toutes les décisions de mesures de contrainte, d'admission non volontaire ou de refus de sortie, qui constituent autant de limitation à sa liberté personnelle. Toutefois, l'exigence de la présence d'un juriste dans la délégation devrait figurer dans la loi et non dans le règlement. Lors de travaux préparatoires de la LComPS, les responsables de l'ancien Conseil de surveillance psychiatrique avaient exprimé leur vive inquiétude face à la démedicalisation de la composition de la délégation : elle comprenait alors deux médecins et un juriste, alors que selon le projet de loi la délégation serait composée d'un psychiatre et d'un membre d'organisation se vouant statutairement à la défense des droits des patients (art. 23 qui ne comprenait dans le projet que l'alinéa premier)³⁴.

Dans ses attributions d'autorité de recours sur les décisions d'admission non volontaires, ou lorsque la Commission statue d'office sur les refus de sortie ou sur les mesures de contraintes, le médecin qui a refusé la sortie ou imposé des mesures de contrainte est entendu et le patient est entendu oralement, cela « pour autant que son état de santé le permette » (art. 29 al. 1 LComPS). Rappelons que dans la loi de 1979, il était entendu en tout état de cause (art. 40 al. 3)³⁵. Soulignons que, dans la LComPS, le droit du patient d'être entendu est respecté dans tous les cas, mais la loi ne prévoit cette restriction liée à son état de santé que pour l'audition orale du patient. Il importe de préciser que ceci est compatible avec le droit d'être entendu. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer ce point : « L'article 397f al. 3 CC ne confère aucun droit à être entendu par les juges cantonaux. Il n'en va pas différemment du principe constitutionnel découlant de l'art. 29 al. 2 Cst, qui n'implique du reste pas le droit de s'exprimer oralement devant l'autorité appelée à statuer »³⁶. Par ailleurs, dans la mesure où la délégation est l'autorité de décision, l'audition du patient par la délégation est conforme à

³³ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006.

³⁴ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006.

³⁵ Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques du 7 décembre 1979, K I 25.

³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} octobre 2008, 5A_564/2008, consid. 2.1.

l'article 397f al. 3 CC ; ce constat avait déjà été fait pour la délégation de l'ancien Conseil de surveillance psychiatrique³⁷.

Les décisions de la délégation sont prises à la majorité des membres ; en cas d'égalité, la voix du psychiatre rédacteur est prépondérante (art. 22 RComPS). Les décisions sont « succinctement motivées » (art. 27 al. 1 LComPS). L'interprétation littérale de la loi révèle que les décisions des délégations ne sont pas soumises à ratification par la commission plénière ; celle-ci est informée de la décision qui est seulement rapportée à la commission (art. 27 al. 2 LComPS). Ainsi, c'est la délégation qui instruit le dossier dans tous les cas et la loi ne prévoit pas de possibilité pour la commission plénière de prendre une nouvelle décision. Elle n'a qu'un droit d'information. Ceci contrairement à la loi de 1979 : cette dernière prévoyait que le Conseil de surveillance psychiatrique pouvait déléguer tout ou partie de ses compétences à trois de ses membres, deux médecins et un juriste, cela dans des cas exhaustivement prévus par la loi. De surcroît, le Conseil pouvait rendre une nouvelle décision (art. 16 al. 2³⁸). Actuellement, la décision de la délégation est rapportée devant la Commission plénière. Cette dernière a la possibilité de remettre en question pour l'avenir une pratique qu'elle désapprouve. Nous suivons l'appréciation du Président de la Commission qui considère que ce système présente l'avantage d'assurer la célérité des procédures et de garantir la sécurité juridique.

La délégation a accès au dossier médical du patient concerné et peut visiter dans les institutions de santé, lorsqu'elle le juge utile, la personne signalée comme souffrant de troubles psychiques (art. 24 et 25 LComPS). La délégation a la possibilité de faire appel à la force publique pour faire procéder à l'examen du patient ou pour le faire hospitaliser (art. 26 LComPS). Elle rend une décision dans les trois jours ouvrables (art. 29 al. 3 LComPS). Actuellement, la délégation a une compétence décisionnaire ; c'est sans doute la raison pour laquelle il a été considéré comme nécessaire de lui donner les moyens d'accomplir sa mission et d'être à même de prendre une décision appropriée. Nous soulignons que, hormis les recours ordinaires contre la décision elle-même, une décision aussi importante pour le patient est prise par trois ou quatre membres de la délégation sans ratification ultérieure par la commission plénière. Par ailleurs, la tension entre le respect de l'autonomie du patient, sur lequel la loi sur la santé met l'accent, et le besoin d'assistance de la personne devrait être mentionnée dans l'article 26 LComPS pour s'inscrire clairement dans l'esprit de l'article 426 nCC qui met

³⁷ Guilloid O. / Hänni C., Les droits des personnes en psychiatrie, Evaluation juridique, Les Cahiers de l'action sociale et de la santé, octobre 2001, n° 15, p. 50.

³⁸ Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques du 7 décembre 1979, K I 25.

l'accent sur l'assistance de la personne à hospitaliser. Le sens de l'article 26 n'est pas tout à fait clair. Dans les travaux préparatoires, l'article 26 était contesté par Pro Mente Sana, en particulier l'alinéa 2 qui faisait valoir sa non-conformité à l'article 397^e chiffre 5 CCS³⁹. L'article 397^e chiffre 5 exige que la décision touchant un malade psychique soit prise avec le concours d'experts. L'article 26 alinéa 2 LComPS requiert au moment de l'intervention de la police auprès du patient, la présence du médecin qui a ordonné l'hospitalisation non volontaire et sollicité l'assistance de la force publique, sauf circonstances exceptionnelles. Signalons à ce propos, que le principe de base dans la révision du droit de la protection de l'adulte est l'examen du patient par le médecin lui-même : « il ne peut pas se contenter d'informations fournies par des tiers »⁴⁰ et la personne concernée doit en principe être entendue (art. 430 nCC). Pour ce faire, elle doit être informée « de manière compréhensible sur les motifs rendant nécessaire son placement dans une institution et pouvoir donner son avis si elle est en mesure de le faire »⁴¹. L'article 26 alinéa 2 LComPS semble conforme à l'article 430 nCC.

Les décisions rendues par les délégations dans le cadre de l'art. 7 al. 1 let c à e LComPS peuvent faire l'objet d'un recours dans les 10 jours auprès de la chambre civile de la Cour de justice (art. 30 al. 1 LComPS ; art. 120 LOJ⁴²).

Quant aux décisions rendues pour les mesures de contrainte (art. 7 al. 1 let. f LComPS), elles sont portées, en cas de recours dans un délai de 10 jours, devant la chambre administrative de la Cour de justice (art. 30 al.2 LComPS).

En pratique, les délégations se rendent deux fois par semaine à la Clinique de Belle-Idée.

4.4. La commission plénière

La composition de la commission est énoncée à l'article 3 LComPS. Il importe de souligner qu'aucune exigence n'est posée quant à la représentation homme/femme. En pratique, cette exigence semble difficilement réalisable pour deux raisons : d'une part, la liste des membres composant la commission plénière est exhaustive et, d'autre part, les séances de la commission plénière se tiennent le soir, dans la mesure où la plupart des membres de la plénière ont une activité professionnelle. La Commission comprend des membres titulaires avec droit de vote (4.4.1), des membres titulaires sans droit de vote (4.4.2) et des membres ad

³⁹ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006

⁴⁰ Conseil fédéral, Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6698.

⁴¹ Conseil fédéral, Message op. cit., p. 6698.

⁴² Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (LOJ), RS/GE E 2 05.

hoc en principe avec droit de vote que la commission peut associer lorsque la nature du dossier le justifie (4.4.3).

4.4.1. La commission comprend un président et *vingt-cinq membres titulaires* (art. 3 al. 2 LComPS), à savoir deux médecins spécialistes en médecine générale ou interne; un médecin pratiquant des interventions de type chirurgical ou diagnostique; quatre médecins spécialistes en psychiatrie; deux infirmiers; un médecin-dentiste; un médecin spécialiste en pharmacotoxicologie; deux membres d'organisations se vouant statutairement à la défense des droits des patients; un magistrat ou un ancien magistrat du pouvoir judiciaire et deux avocats; deux représentants de partis politiques n'appartenant pas à l'une des professions de la santé visées par la loi sur la santé du 7 avril 2006; un pharmacien et un travailleur social. Cette commission se veut largement représentative. La loi précise que trois médecins au moins doivent être choisis hors des établissements publics médicaux (art. 4 al. 3 LComPS). Alors que le règlement contraint de choisir au sein des établissements médicaux publics un médecin spécialiste en médecine générale ou interne, un psychiatre, un médecin spécialiste en pharmacotoxicologie, et un infirmier (art. 1 al. 2 RComPS).

Il convient de rappeler que l'instruction des dossiers (du volet disciplinaire et du volet psychiatrique) est du ressort d'une sous-commission ou d'une délégation, donc le fait de deux, trois ou quatre membres mais non de la commission plénière avec tous les membres. La présence d'un médecin spécialisé en gynécologie obstétrique voire celle d'un pédiatre nous paraissent souhaitables. Par ailleurs, la présence des deux représentants de parti politique est reprise de l'ancienne Commission de surveillance des activités médicales, dans laquelle siégeait un membre par parti représenté au Grand Conseil n'appartenant pas aux professions de la santé (art. 17A⁴³). Leur suppression a été proposée lors des débats au Grand Conseil : cet amendement a été refusé⁴⁴. Nous nous interrogeons quant à la nécessité de leur présence. Mais il s'agit d'une question politique qui dépasse le cadre de l'évaluation des effets de la loi sur la commission de surveillance.

Dans les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la LComPS, c'est incontestablement la composition de la commission qui a fait l'objet de plus de réserves. L'article 3 avait tout d'abord été refusé en bloc puis accepté en troisième lecture⁴⁵. Afin de

⁴³ Loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (LEPM), K 2 05.

⁴⁴ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006.

⁴⁵ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006.

tenter d'expliquer ces réticences, il importe d'analyser ce que la LComPS a changé par rapport à la situation antérieure.

Nous observons d'abord que dans les anciennes commissions la proportion de professionnels de la santé était plus importante (cinq médecins sur neuf membres dans le Conseil de surveillance psychiatrique, douze professionnels de la santé sur seize membres dans la Commission de surveillance des activités médicales, et treize sur dix-huit membres dans la Commission de surveillance des professions de la santé).

Quelle était alors l'intention du législateur de la loi sur la commission de surveillance ? Trois objectifs ressortent des travaux préparatoires : a) veiller à ce que les représentants de spécialités les plus souvent visées par les plaintes soient membres permanents, et parmi ceux-ci respecter la parité entre secteur public et secteur privé, b) prévoir que des membres se vouant statutairement à la défense des droits des patients soient présents afin de garantir le respect du droit des patients et c) bénéficier des compétences juridiques du président, d'un magistrat du pouvoir judiciaire, de deux avocats et d'un greffier-juriste sans droit de vote⁴⁶. Ainsi deux facteurs expliquent ce changement dans la composition de la Commission : d'une part, la nouvelle mission de la Commission de surveillance, qui consiste à veiller au respect des droits des patients, et d'autre part sa nouvelle compétence décisionnaire.

Ensuite, par rapport aux anciennes commissions, la Commission de surveillance actuelle est composée d'un nombre beaucoup plus important de membres, et la durée de leur mandat a diminué (huit ans maximum, contre douze ans avant). Le projet de loi soumis au Grand Conseil prévoyait 23 membres : ce nombre semblait optimal d'une part pour assurer l'efficacité de la commission et d'autre part pour remplir les conditions de quorum prévu par la LComPS et assumer le nombre important d'affaires que la commission est appelée à traiter⁴⁷. A la question de savoir s'il était possible de réduire le nombre des intervenants dans la plénière, le Président du Département avait répondu par la négative, dans la mesure où il s'agit d'établir un équilibre entre les personnes intéressées et où le travail s'effectue surtout en commissions et sous-commissions⁴⁸. Finalement, un amendement à l'article 3 al. 1 a été proposé et le nombre de membres composant la commission a été porté à 25⁴⁹.

4.4.2. En plus des membres titulaires avec droit de vote, la commission comprend des *membres titulaires sans droit de vote*, à l'instar de l'ancien Conseil de surveillance

⁴⁶ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5736

⁴⁷ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5735.

⁴⁸ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, séance 28 du 17 mars 2006.

⁴⁹ PL 9326-B, MGC 2005-2006/VII A 5323.

psychiatrique (art. 15)⁵⁰. Il s'agit de personnes de haut niveau qui ont de par leur fonction un droit de regard sur le fonctionnement de la commission : le directeur/la directrice de la direction générale de la santé, le médecin cantonal, le pharmacien cantonal, le président du tribunal tutélaire et le procureur général (ou leurs suppléants pour les deux derniers) (art. 3 al. 3 LComPS). Le Président du Tribunal tutélaire et le Procureur général siègent « de droit » (art. 3 al. 3 let. d 2^{ème} phrase LComPS) lorsque la commission traite de la protection des personnes atteintes de troubles psychiques et de déficience mentale conformément à la loi sur la santé et à la loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance (art. 1 al. 2 let. b LComPS). La présence du Procureur général et du Président du tribunal tutélaire n'était pas prévue dans le projet. Elle a été réclamée lors des débats parlementaires. Il a été souligné que leur présence revêt un intérêt majeur pour la rapidité de la transmission d'informations et la célérité de la prise de décision, en particulier lorsque des enfants sont concernés et qu'une prise en charge immédiate s'avère nécessaire⁵¹. Cet argument a convaincu de la nécessité de rajouter une lettre d à l'article 3 alinéa 3 LComPS. Les termes « de droit » signifient qu'ils siègent *ex officio* et ne sont pas soumis à la procédure de nomination des autres membres titulaires.

Un arrêt du Tribunal fédéral apporte deux précisions quant aux membres titulaires sans droit de vote: la première mentionne que ces membres sont récusables, à l'instar des membres titulaires avec droit de vote⁵². La seconde considère que la confidentialité des données est respectée : le Tribunal fédéral a jugé que le droit reconnu au Procureur général et au président du Tribunal tutélaire par l'article 3 alinéa 3 lettre d *in fine* LComPS de « s'adresser aux institutions de santé pour s'informer des dossiers dont ils sont saisis » n'est qu'une possibilité qui leur est offerte et ne viole pas le secret professionnel⁵³.

Nous nous interrogeons quant à la pertinence de maintenir la distinction entre membres titulaires avec droit de vote et sans droit de vote, dans la mesure où cette distinction était celle de l'ancien Conseil de surveillance de psychiatrie qui prenait les décisions. La Commission de surveillance ne prend pas les décisions relatives aux admissions non volontaires, aux refus de sortie et aux mesures de contrainte. Ce sont les délégations qui décident. Les membres titulaires n'ont ainsi pas de droit de vote concernant ces dossiers.

⁵⁰ Loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques du 7 décembre 1979, K 1 25.

⁵¹ PL 9326-B, MGC 2005-2006/VII A 5322.

⁵² Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2007, 1P.416/2006, S.J. 2007 I 381, 386, consid. 2.2.

⁵³ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2007, 1P.416/2006, S.J. 2007 I 381, 386 consid. 2.3.

Les membres titulaires avec ou sans droit de vote de la commission plénière sont *nommés* par le Conseil d'État, à l'exception des représentants des partis nommés par le Grand Conseil et du procureur général et du président du Tribunal tutélaire (art. 4 al. 2 LComPS). Le règlement précise que les personnes susceptibles d'être nommées doivent être majeures, capables de discernement, posséder les capacités professionnelles nécessaires et ne pas faire l'objet d'une condamnation grave inscrite au casier judiciaire (art. 2A RComPS). Les candidats transmettent leur dossier au département chargé de la santé (art. 2B al.1 RComPS) qui choisit les membres de la commission après avoir consulté les milieux associatifs ou professionnels concernés (art. 2B al. 2 RComPS). Les membres de la commission doivent respecter l'intérêt de l'Etat (art. 2D al. 1 RComPS) et assister de manière régulière aux séances (art. 2E RComPS). Ils sont soumis au secret de fonction, qui persiste même après la cessation de leur activité (art. 3 RComPS) et, lors de leur entrée en fonction, le président de la Commission de surveillance rappelle aux membres leurs obligations et les sanctions en cas de non-respect de celles-ci (art. 4A RComPS). Les nominations se font pour une période de 4 ans (art. 4 al. 1 LComPS), renouvelable une fois (art. 5 RComPS) et un système de suppléance est mis en place en cas de défection en cours mandat (art. 4 al. 3 LComPS). Les membres peuvent être révoqués pour justes motifs par le Conseil d'État (art. 5A RComPS). Les suppléants siègent en cas de récusation ou d'empêchement durable d'un membre (art. 5 LComPS et art. 4 RComPS).

4.4.3. *D'autres membres* avec droit de vote peuvent être associés aux travaux de la commission plénière : il s'agit de tout praticien spécialisé de la branche concerné par l'affaire en cause (art. 3 al. 4 LComPS).

Cette possibilité est intéressante dans la perspective de bénéficier d'une expertise dans un dossier précis. Mais qui prend cette décision d'association ? La loi n'est pas explicite à ce sujet. La sous-commission ? La commission plénière ? Le règlement devrait préciser ce point. L'art. 16 al. 4 RComPS prévoit la possibilité pour ce membre d'assister aux séances de la sous-commission.

De surcroît, la loi prévoit la possibilité d'appeler un psychiatre « conseil » choisi sur une liste établie par le Conseil d'État, et ce avec droit de vote, pour l'examen qui fait suite au signalement d'une personne victime de troubles psychiques, pour les décisions d'admission non volontaire de patients psychiques, pour le refus de sortie ou pour l'interdiction ou la levée de mesure de contrainte (art. 3 al. 5 LComPS). L'interprétation systématique de la loi nous amène à déduire qu'il s'agit de la possibilité de faire appel dans le cadre de la composition de

la délégation à un psychiatre non membre titulaire de la commission, mais qui figure sur la liste établie par le Conseil d'Etat (art. 21 al. 2 RcomPS). Cette interprétation découle de l'attribution de la compétence décisionnaire à la délégation et non à la commission plénière (art. 27 LComPS). Enfin, un autre membre assiste aux séances de la commission plénière, mais sans droit de vote : il s'agit du vétérinaire cantonal pour les affaires concernant les animaux (art. 3 al. 6 LComPS).

La commission ne peut délibérer en séance plénière que si au moins sept de ses membres ayant le droit de vote sont présents, dont au moins un homme et une femme (art. 18 al. 1 LComPS), et parmi eux, obligatoirement, le président ou le vice-président, un non-professionnel de la santé, deux médecins, dont l'un choisi hors des établissements publics médicaux, un avocat ou un magistrat (art. 18 al. 2 LComPS). Et lorsque la commission de surveillance se prononce sur une question de principe ou change sa jurisprudence, il est nécessaire que treize de ses membres entérinent la décision (art. 18 al.4 LComPS).

Suite à la délibération, la commission rend une décision (art. 20 LComPS) : elle peut prononcer le classement de la plainte si les griefs se révèlent infondés, émettre une injonction impérative au praticien concerné ou prononcer une décision constatatoire de violation des droits des patients. Elle est également compétente pour prononcer un avertissement, un blâme et/ou une amende jusqu'à CHF 20 000. Ces décisions sont sujettes à recours (art. 22 LComPS). Les décisions sont prises à la majorité des voix ; en cas d'égalité, celle du président est prépondérante (art. 19 RComPS). La décision est notifiée aux parties (art. 21 al. 1 LComPS) ; elle est communiquée au médecin cantonal ou au pharmacien cantonal (art. 21 al. 2 LComPS). Le dénonciateur est également informé du traitement de sa dénonciation par la Commission de surveillance, ceci en tenant des intérêts publics et privés en présence (art. 21 al 3 LComPS). S'il y a un intérêt public, la direction de l'institution de santé est informée de l'issue de la procédure concernant l'un de ses employés (art. 21 al. 4 LComPS).

Par ailleurs, la commission plénière se prononce sur le préavis émis à l'attention du Département (art. 19 LComPS), préavis préparé en sous-commission (art. 17 al. 1 LComPS), qui porte sur une interdiction de pratique, temporaire ou définitive, d'un professionnel de la santé, ou sur une limitation voire un retrait de l'autorisation d'exploitation d'une institution de santé.

En 2008 la commission plénière a siégé quatre fois tout en poursuivant les travaux des deux anciennes commissions de surveillance des activités médicales et des professions de la santé ; en 2009, la commission plénière s'est réunie à cinq reprises.

4.5. Conclusion intermédiaire

La commission plénière est relativement représentative par la diversité des membres qui la compose. Elle pourrait l'être encore plus, comme nous l'avons mentionné. Cependant, elle est rarement saisie dans sa composition entière pour l'étude des dossiers. L'essentiel du travail est du ressort des délégations et des sous-commissions. En effet, comme les délégations ont une compétence décisionnaire, la commission plénière est pratiquement dessaisie des questions relatives aux mesures portant atteinte à la liberté personnelle des patients souffrant de troubles psychiques. Ces questions sont traitées par trois ou quatre membres de délégation. Pour les missions disciplinaires, l'instruction des dossiers est du ressort des sous-commissions et la commission plénière conserve un pouvoir décisionnaire.

Il n'est pas superflu de nous interroger si ce fonctionnement, dicté par un souci de pragmatisme et d'efficacité, est le meilleur du point de vue des droits des patients. En effet, nous constatons deux modes de fonctionnement bien différents entre dossiers de patients somatiques et psychiques. Le fonctionnement de la Commission résisterait ainsi à la volonté du législateur⁵⁴ d'uniformiser les droits des patients somatiques et psychiques.

Par ailleurs, le fonctionnement de la Commission de surveillance est fort complexe de par la multiplication des organes qui interviennent selon la nature du dossier. Du point de vue du patient, il risque d'être opaque et peu transparent. Le patient peut-il comprendre que les membres avec droit de vote de la commission plénière ne votent en réalité pas dans les dossiers relatifs aux hospitalisations non volontaires, aux refus de sortie ou aux mesures de contrainte ? De même exiger la présence d'au moins un homme et une femme lors des délibérations de la commission plénière (art. 18 al. 1 LComPS) est positif ; mais il convient d'avoir présent à l'esprit que c'est la sous-commission qui procède à l'instruction des dossiers, moment où l'éventuelle importance des genres peut se manifester. Enfin, la loi elle-même est peu intelligible à un non-juriste, de par les nombreux renvois des dispositions légales entre elles et aux dispositions du règlement et les renvois aux différentes lois sanitaires.

Question 5 Quid du fonctionnement du Bureau ? A-t-il permis d'atteindre le but visé, à savoir une plus grande rapidité de décision ?

⁵⁴ cf supra développements sous la question 3.

Le but poursuivi par la loi vise à assurer une meilleure efficacité de la commission de surveillance et une célérité dans les prises de décisions⁵⁵. C'est dans cette perspective qu'a été créé un Bureau chargé de l'examen préalable des plaintes et dénonciations. Le Bureau doit limiter au maximum la charge de travail de chaque membre de la commission en évitant autant que possible que chaque membre soit saisi de l'ensemble des affaires. Pour cela, le système des sous-commissions/délégations est institué. A cet égard, le Bureau joue un rôle central. C'est vers lui qu'arrive l'ensemble des dossiers et il lui appartient de les répartir.

5.1. Le fonctionnement du Bureau

Le Bureau est composé de trois membres ; ces derniers sont choisis par la Commission de surveillance elle-même (art. 10 al. 1 LComPS). Le règlement précise qu'il doit s'agir du président de la Commission de surveillance, d'un médecin et d'un non-professionnel de la santé (art. 8 RComPS). Les membres du Bureau sont nommés par le Conseil d'Etat (art. 4 al. 2 LComPS). Nous soulignons que, actuellement, deux non professionnels de la santé font partie du Bureau, dans la mesure où le président est un juriste. Le rôle du médecin dans le Bureau devient alors prépondérant en sa qualité de seul expert médical.

Les compétences du Bureau sont très étendues, mais très encadrées par la loi. Il lui appartient à lui seul de prendre connaissance de l'ensemble des dossiers. Son rôle est leur examen préalable, afin de les répartir conformément à l'article 10 alinéa 2 LComPS.

Il a un *pouvoir décisionnaire* concernant le classement immédiat d'une plainte ou d'une dénonciation si celle-ci (plainte ou dénonciation) est manifestement irrecevable ou mal fondée (art. 10 al. 2 let a LComPS). Le classement immédiat d'une plainte manifestement irrecevable ou mal fondée ne fait l'objet d'aucune instruction préalable et le Bureau rend une décision succinctement motivée (« sommairement » motivée, selon l'art. 14 LComPS). Les travaux préparatoires précisent que les motifs justifiant le classement mentionné par l'article 14 LComPS sont exhaustifs, ce qui a dissipé les réserves émises par quelques commissaires du Grand Conseil au moment de l'adoption de la loi⁵⁶. Il peut aussi classer une dénonciation, aux conditions prévues par l'article 15 LComPS. Il en informe alors le dénonciateur par « simple avis » et décide s'il convient d'informer la ou les personne-s mise-s en cause par la dénonciation qui a fait l'objet du classement (art. 15 LComPS). La décision de classement peut faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (art.

⁵⁵ PL 9326, MGC 2003-2004/XI a 5753.

⁵⁶ PL 9326, MGC 2005-2006/VI D/28, Séance 28 du 17 mars 2006

22 LComPS), puis au Tribunal fédéral⁵⁷. Si le recours devant la chambre administrative de la Cour de justice est admis, le dossier reviendra au Bureau (art. 69 al. 3 LPA⁵⁸) et ce dernier décidera du traitement adéquat de la requête selon les considérants de la chambre administrative de la Cour de justice.

Outre le classement immédiat, le Bureau décide si un dossier peut être envoyé en médiation ou doit être soumis à une instruction (art. 10 al. 2 let b, c et d LComPS). Même lorsque le dossier est envoyé en médiation et pour autant qu'un intérêt public l'exige, le Bureau peut mettre un terme à celle-ci et instruire le dossier (art. 16 al. 5 LComPS). Par ailleurs, il est compétent pour transmettre, en vue d'une instruction, le dossier à une sous-commission ou à une délégation selon la nature du dossier (art. 7 al. 1 LComPS). A cet égard, le Bureau n'a pas un large pouvoir d'appréciation. En effet, cette compétence conférée au Bureau est strictement encadrée par la loi, qui prévoit les cas où des sous-commissions ou délégations sont chargées du dossier (art. 7 ; art. 17 et art. 23 LComPS). Ainsi, le Bureau n'a pas la possibilité d'agir autrement, notamment en saisissant la commission plénière. Le cas de la médiation demeure réservé.

5.2. Le fonctionnement du Bureau a-t-il permis d'atteindre le but visé, à savoir une plus grande rapidité de décision ?

Le Bureau se réunit environ une fois par mois. En 2008, le Bureau s'est réuni à 11 reprises ; il a rendu 40 décisions de classement immédiat et a envoyé 4 dossiers en médiation sur 83 plaintes déposées ; alors qu'en 2007, il a rendu 34 décisions de classement et envoyé 3 dossiers en médiation sur 90 plaintes déposées. En 2009, le Bureau s'est réuni à 11 reprises ; il a rendu 34 décisions de classement immédiat et a envoyé 4 dossiers en médiation sur 89 plaintes déposées. En outre, il a transmis certains dossiers au pharmacien cantonal ou au médecin cantonal, car ils relevaient de leur compétence.

Se pose la question de savoir si le Bureau décharge les membres de la Commission, comme le voulait le législateur ? Notre réponse est positive.

Pour la décision de classement immédiat d'une plainte ou d'une dénonciation qui couvre près de la moitié des plaintes déposées, la Commission de surveillance demeure dessaisie de l'examen du dossier.

⁵⁷ Ainsi l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 août 2010 (2C_387/2010) qui a rejeté le recours contre un arrêt du Tribunal administratif genevois du 23 mars 2010.

⁵⁸ Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA), RS/GE E 5 10.

L'envoi du dossier en médiation a pour effet de décharger la Commission, pour autant qu'un accord entre les parties soit conclu. Si la médiation conduit à un échec, le dossier revient au Bureau, lequel décide de son renvoi à une sous-commission ou de son classement immédiat.

Dans le cas d'une instruction du dossier en sous-commission, la compétence de décision revient à la commission plénière. La commission se trouve alors déchargée de l'instruction et de l'examen des détails du cas, la sous-commission remettant ses conclusions à la commission plénière (art. 17 al. 4 LComPS).

Par contre, dans le cas des dossiers soumis à une délégation, que celle-ci soit grande ou petite, la commission se retrouve réellement dessaisie de la question, car elle ne fait que prendre connaissance du rapport de la délégation (art. 27 al. 2 LComPS). Il s'agit donc d'un vrai dessaisissement de la commission plénière voulu par la loi.

De notre analyse, il ressort que le Bureau remplit le rôle de sélection des dossiers soumis à l'instruction, dans la mesure où près de la moitié des dossiers sont transmis pour instruction.

5.3. Conclusion intermédiaire

Sans conteste, le Bureau allège le travail de la Commission. C'est en cas de classement immédiat du dossier, de l'envoi de celui-ci en médiation ou de l'envoi à une délégation, que la Commission est dessaisie, mais non lorsque le dossier est du ressort d'une sous-commission et pour lequel la commission plénière garde un pouvoir décisionnaire.

Comme nous l'avons vu, le Bureau bénéficie de larges compétences pour ce qui concerne le classement immédiat des plaintes qui relève de sa seule appréciation. Certes le patient a la possibilité de recourir contre une décision de classement. Il aurait été souhaitable que la commission plénière soit informée de ces classements et aie la possibilité de les révoquer si nécessaire. Or la loi sur la Commission de surveillance ne le prévoit pas explicitement. Quant à la rapidité de décision, nous relevons que les décisions du Bureau ne sont soumises à aucun délai explicite dans la LComPS. Concrètement, le Bureau se réunit une fois par mois, ce qui assure la rapidité du traitement des dossiers.

Question 6 Quel bénéfice a été tiré de l'institution de la médiation ?

La médiation a connu un développement considérable depuis plus d'une vingtaine d'années dans des domaines tels que celui du droit de la famille, des rapports de travail, du droit de la consommation ou dans le domaine pénal. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a

adopté plusieurs recommandations sur la médiation⁵⁹. L'une d'elles porte sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées par laquelle le Conseil de l'Europe recommande aux gouvernements des Etats membres de promouvoir le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges⁶⁰. En Suisse, la médiation a récemment émergé dans le domaine de la santé en tant que procédure alternative de résolution des litiges entre patients et professionnels de la santé.

A Genève, l'implantation de la médiation dans le domaine de la santé date de 2006 ; elle a, en effet, été introduite par l'article 11 de la loi sur la santé. L'objectif visé par l'instauration de la médiation est de permettre la résolution à l'amiable d'un certain nombre de conflits⁶¹. L'Exposé des motifs de la loi sur la santé indique que la « médiation doit rétablir la communication et (...) restaurer la confiance, et tendre vers une résolution des litiges plus rapide et moins douloureuse, d'un point de vue émotionnel et financier, que les traditionnelles procédures judiciaires contentieuses »⁶². L'article 11 de la loi sur la santé renvoie à la loi cantonale sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits du patient qui règle ses compétences (art. 16 LcomPS). L'article 16 de la loi sur la commission de surveillance régit le déroulement de la médiation ; le fonctionnement de l'instance de médiation est explicité dans le Règlement concernant la constitution et le fonctionnement de la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients qui contient un chapitre III, articles 9 – 15 sur la médiation. Les travaux préparatoires de la loi sur la commission de surveillance nous indiquent que l'instauration d'une médiation devrait « permettre de résoudre à l'amiable un certain nombre de différends à l'image des médiations existantes au niveau civil et pénal »⁶³. L'interprétation systématique de la loi nous permet de constater que la médiation est placée dans le chapitre de la loi sur la santé consacré aux autorités, alors que la médiation se caractérise par le rapport horizontal entre les parties et le médiateur⁶⁴. De plus, la médiation est étroitement liée à la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients : « le lien entre la médiation et la commission de surveillance n'est pas directement visible, mais se concrétise par l'emplacement des règles

⁵⁹ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation R(98)1 sur la médiation familiale du 21 janvier 1998 ; Recommandation Rec(2002) sur la médiation en matière civile du 18 septembre 2002 ; Recommandation R(99)19 sur la médiation en matière pénale du 15 septembre 1999.

⁶⁰ Rec(2001)9 du 5 septembre 2001.

⁶¹ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5734.

⁶² PL 9328, MGC 2003-2004/XI A 5834.

⁶³ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5734.

⁶⁴ cf Message du Conseil fédéral relatif au nouveau Code de procédure civile du 28 juin 2006, FF 2006, p. 6943 § 5.14.

d'exécution concernant le médiateur ou la procédure»⁶⁵. La mise en œuvre de la médiation est, en effet, subordonnée à une plainte adressée à la Commission de surveillance. Le risque de cette procédure est d'inscrire la médiation dans une logique de gestion des plaintes et d'associer la fonction du médiateur au traitement partisan du litige qui lui est soumis.

Le terme médiation n'est défini ni dans la loi, ni dans le règlement ; il en va de même pour les missions de la médiation qui ne sont pas explicitées. Nous considérons qu'une définition de la médiation n'est pas indispensable, dans la mesure où il s'agit d'un processus souple dont la forme est façonnée par l'interaction entre le médiateur et les parties. Il convient donc de s'en tenir à une définition courante de la médiation, à savoir : « un processus, le plus souvent informel, par lequel un tiers impartial, le médiateur, tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de leur permettre de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose »⁶⁶.

En pratique, selon les rapports d'activité de la commission, il s'avère qu'en 2007 le Bureau a reçu 90 plaintes : parmi celles-ci, 34 ont fait l'objet d'un classement immédiat, 39 ont été renvoyées pour instruction et trois en médiation. Parmi ces trois dossiers, un seul a abouti à un accord entre les parties. En 2008, 83 plaintes ont été déposées, parmi lesquelles quatre dossiers ont été proposés pour la médiation : un seul est parvenu à une conciliation, un dossier s'est soldé par un échec et dans les deux autres, l'une des parties a refusé la médiation. En 2009, 89 plaintes ont été déposées, parmi celles-ci quatre dossiers ont été proposés en médiation : un seul a permis un accord entre les parties, et pour les trois autres, soit l'une des parties a refusé la médiation, soit la médiation s'est soldée par un échec.

Force est de constater que le bénéfice tiré de la médiation est minime. Le processus de médiation vise à restaurer la confiance entre les parties et à gérer les conflits entre elles. Pour

⁶⁵ Johanne Gagnebin, Panorama des législations romande et tessinoises- Résultat d'une enquête in Christine Guy-Escabert cemaj (Ed) ; Olivier Guillod, IDS (Ed.), Médiation et santé, Editions Weblaw, Berne 2008 p. 55.

⁶⁶ Jean-Pierre Bonafé-Schmidt, La ou les médiation dans le domaine de la santé, in Christine Guy-Ecabert, Olivier Guillod (éd), Médiation et santé, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2008, p. 99 ; le préambule des Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs définit ainsi la médiation : « un processus volontaire de traitement des conflits dans lequel un tiers extérieur dûment formé (la médiatrice ou le médiateur) assiste les personnes en conflit afin qu'elles trouvent un accord à l'amiable. En tant que tiers impartial, la médiatrice/le médiateur favorise l'élaboration d'une solution, s'engage de la même manière pour toutes les parties en présence. Il n'est lié au processus par aucun intérêt personnel, fait en sorte que la médiation se déroule de manière équitable, transparente et efficiente et n'a pas de pouvoir de décision en rapport avec l'objet du conflit » (SDM-FSM, Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs du 22 avril 2008, disponibles sur le site www.mediations.ch).

ce faire, le respect de certains principes est nécessaire. En vue de fournir quelques éléments d'explication à ce manque d'intérêt pour la médiation, nous nous proposons d'analyser la loi sur la commission de surveillance et de vérifier si cette loi offre un cadre adéquat permettant à la médiation de développer au mieux ses effets.

6.1. Le caractère volontaire de la médiation

La médiation est considérée comme un processus qui dépend de la volonté des parties⁶⁷. L'analyse de la loi sur la commission de surveillance révèle que le choix de l'opportunité d'une médiation est du ressort du Bureau de la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients. En effet, il n'appartient pas au patient de déposer directement une plainte pour une médiation. Celui-ci saisit la Commission de surveillance (art. 8 al. 1 LcomPS) qui transmet la plainte au Bureau (art. 10 LComPS). Ce dernier peut décider de l'envoi du dossier en médiation, pour autant qu'un intérêt public prépondérant ne justifie pas l'instruction de l'affaire par la commission (art. 10 al. 2 let b et art. 16 al. 1 LcomPS). Par intérêt public, il convient de comprendre la protection de la santé publique⁶⁸. Le cas échéant, il propose aux parties de résoudre leur litige à l'amiable avec le concours d'un médiateur (art. 16 al. 1 LcomPS). Toutefois le Bureau ne peut pas imposer une médiation ; il ne peut que la proposer aux parties (art. 16 al. 1 LcomPS). Il en va de même à l'article 41 alinéa 2 de la loi sur la santé.

Il importe de relever d'abord que la loi n'énonce pas explicitement la possibilité pour les parties de renoncer en tout temps à la médiation⁶⁹. Ensuite, le caractère volontaire de la médiation prévu par la LComPS ne va pas jusqu'à instituer un droit du patient à introduire une plainte auprès d'un médiateur.

Par ailleurs, le législateur genevois ne promeut pas vraiment ce mode de résolution des conflits. En effet, d'une part il laisse au Bureau le soin d'apprécier s'il convient de proposer une médiation. Soulignons à cet égard que la recommandation du Conseil de l'Europe mentionne la possibilité d'imposer par la loi la médiation⁷⁰. D'autre part, la LComPS exclut la médiation lorsqu'il y a un intérêt public prépondérant. Or lors du dépôt d'une plainte contre

⁶⁷ Dans le domaine du droit civil, art. 213-214 Code de procédure civile.

⁶⁸ Exposé des motifs, MGC 2003-2004, XI A 5740.

⁶⁹ Comme le fait l'art. 33b al. 6 loi fédérale sur la procédure administrative RS 172.021 introduit par la Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005, RS 173.32. Cette faculté est prévue à l'article 6 des Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs du 22 avril 2008, établies par la Fédération suisse des Associations de Médiation SDM-FSM, disponibles sur le site : www.mediations.ch.

⁷⁰ Rec(2001)9 du 5 septembre 2001, annexe à la recommandation § III.2.1 et Lignes directrices § 15.

un professionnel de la santé, il est difficile de ne pas y voir un intérêt de santé publique. Ce qui explique en partie le nombre peu élevé de dossiers envoyés en médiation par le Bureau. A notre avis, ces deux restrictions prévues par la loi limitent singulièrement le recours à la médiation.

6.2. Les qualifications du médiateur

La loi n'explique pas les missions du médiateur. Ce qui est regrettable, dans la mesure où le silence de la loi peut produire des divergences entre les médiateurs quant à leur manière d'envisager leur fonction. Les médiateurs doivent prêter serment devant le Conseil d'Etat (art. 9 al. 6 RComPS⁷¹) et sont inscrits sur une liste officielle⁷². Contrairement à la plupart des cantons voisins, Genève prévoit dans sa législation des conditions explicites de qualifications ou d'aptitudes nécessaires au médiateur. En effet, l'art 9 RComPS énonce une série de conditions que doit remplir le médiateur en vue de son inscription sur la liste officielle. Ainsi, pour être médiateur il faut a) être âgé de 30 ans au moins ; b) être au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée adéquate ; c) disposer d'une bonne expérience professionnelle ; d) avoir les connaissances suffisantes en matière médicale et juridique ; e) disposer de qualification et d'aptitude particulière en matière de médiation et f) n'être l'objet d'aucune inscription au casier judiciaire pour une infraction intentionnelle portant atteinte à la probité et à l'honneur (art 9 al. 4 RComPS⁷³). Il appartient à la commission de préavis instituée par le Conseil d'Etat de vérifier que les candidats remplissent les conditions légales (art. 9 al. 5 RComPS)⁷⁴. Les exigences relatives aux qualifications du médiateur posées par la loi assurent un standard de haute qualité, qui maximise les chances de succès de la médiation. Ce qui est généralement attendu d'un médiateur, c'est sa compétence dans la gestion des conflits et dans la communication.

Toutefois, certaines questions demeurent : les qualifications et aptitudes particulières en matière de médiation sont-elles obligatoirement liées au suivi de formations particulières ? A partir de combien d'années une expérience professionnelle peut-elle être considérée comme « bonne » ? Quel est le degré d'attentes en matière médicale et juridique ? Soulignons que le médiateur est un « opérateur qui contrôle le processus de médiation et non son contenu (...) il

⁷¹ La prestation de serment est prévue par l'article 69 Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (LOJ, E 2 05).

⁷² Art. 66, art. 68 et art. 74 Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ, E 2 05).

⁷³ Cf aussi Art. 67 LOJ, E 2 05.

⁷⁴ Cf aussi Art. 68 LOJ, E 2 05.

garantit la communication entre les parties »⁷⁵. De plus, la loi ne mentionne pas explicitement l'absence de pouvoir de décision du médiateur, ni sa fonction qui n'est pas de trancher un conflit. Ceci est probablement implicite à l'article 16 alinéa 3 de la loi sur la commission de surveillance.

6.3. L'indépendance et l'impartialité du médiateur

L'indépendance et l'impartialité sont deux qualités essentielles à la réussite de la médiation.

L'indépendance du médiateur (art. 10 RcompS) implique qu'il annonce toute source de conflits d'intérêts. Il doit être indépendant aussi bien vis-à-vis des parties⁷⁶, que vis-à-vis de la personne ou de l'organe proposant la médiation⁷⁷. Il doit aussi être indépendant envers l'autorité de conciliation et le tribunal⁷⁸, sauf si les parties consentent expressément malgré la présence d'un motif de récusation (art. 10 al. 2 RcompS qui renvoie à l'article 70 de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire). L'impartialité du médiateur vis-à-vis du litige (art. 10 al. 1 RcompS) implique qu'il n'y a « pas d'obligation de résultat et que tous les intérêts des médiés sont pertinents dans le cadre de leur conflit et sont pris en considération dans la mesure qu'ils souhaitent ». Le médiateur ne doit pas « juger les intérêts, valeurs ou options des médiés (...) ». Le médiateur respecte le pouvoir de décision des médiés »⁷⁹. Pour garantir l'indépendance et l'impartialité, la recommandation du Conseil de l'Europe préconise que le médiateur ne soit pas fonctionnaire ou employé permanent ou temporaire de la fonction publique⁸⁰.

⁷⁵ Farinha Antonio, Médiation versus justice : d'une relation passionnée à la séparation ?, Conférence donnée dans le cadre des 10 ans du Groupement pro Médiation, Genève, 19, janvier 2007, p. 8 (disponible sur le site : <http://www.mediations.ch>).

⁷⁶ Dans les cas où le médiateur connaîtrait l'une des parties, on est en droit d'attendre que ce dernier refuse la médiation à moins que les parties consentent d'un commun accord à ce que la médiation ait lieu (art 10 al. 2 RcompS; art. 2 Règles déontologiques FSM). L'article 10 alinéa 2 RcompS doit être modifié suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire : l'article 70 alinéa 2 LOJ renvoie aux articles 15 et 15A de la loi de procédure administrative.

⁷⁷ Exemple : le juge. Le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (CPC, RS 272) a codifié cette exigence à son article 216 alinéa 1.

⁷⁸ Comme le prévoit explicitement l'article 216 CPC : « Ni le tribunal, ni l'autorité de conciliation ne sont autorisés à donner des instructions. Aussi celui qui a déjà agi en tant que médiateur dans une cause, n'a pas le droit d'apporter son concours en tant que magistrat ou fonctionnaire judiciaire » (Conseil fédéral, Message, FF 2006 6841, p. 6945).

⁷⁹ Farinha Antonio, Médiation versus justice : d'une relation passionnée à la séparation ?, Conférence donnée dans le cadre des 10 ans du Groupement pro Médiation, Genève, 19, janvier 2006, disponible sur le site : <http://www.mediations.ch>.

⁸⁰ Rec(2001)9 du 5 septembre 2001, Lignes directrices § 31.

Dans le domaine de la santé, tous les cantons romands ont créé un lien plus ou moins évident entre l'organe de médiation ou le médiateur et le pouvoir exécutif⁸¹. Ce lien, selon son intensité pourrait être une entrave à la garantie d'indépendance nécessaire à la conduite de la médiation⁸².

Le canton de Genève semble garantir au mieux l'indépendance du médiateur⁸³. En effet, à Genève, le Conseil d'Etat ne nomme pas le médiateur, mais se contente de transmettre par avis la demande d'inscription à la commission de préavis, laquelle vérifie que le médiateur remplit les conditions posées par l'art 9 al. 4 du RComPS. De plus, le médiateur ne peut pas être membre de la commission de surveillance (art 9 al. 2 RComPS). Si les conditions sont remplies, le médiateur prête serment devant le Conseil d'Etat en vue de son inscription sur la liste du registre officiel des médiateurs ; et c'est là le seul lien existant entre le Conseil d'Etat et le médiateur.

6.4. L'objet de la médiation

Une autre caractéristique de la médiation est celle de la liberté dont jouissent les parties pour en fixer l'objet. A Genève, les compétences du médiateur sont larges et ne sont pas limitées aux droits des patients, comme dans d'autres cantons romands. L'objet de la médiation est librement défini par les parties : il peut porter sur les droits reconnus aux patients et sur les problèmes relatifs au comportement d'un professionnel de la santé.

Cette interprétation extensive favorise le développement de la médiation dans le domaine médical. Comme nous l'avons vu⁸⁴, la seule limite est la santé publique et dans ce cas l'accès à la médiation est exclu (art 16 al 1 LComPS).

6.5. La confidentialité

Cette exigence revêt toute son importance, car ce n'est que dans le cadre de discussions confidentielles que les parties pourront s'exprimer librement et ainsi dénouer le conflit⁸⁵.

⁸¹ Les cantons du Valais et du Jura ont instauré le Conseil d'Etat (ou le gouvernement comme autorité de nomination du médiateur), les cantons de Vaud et Fribourg désignent le médiateur parmi les membres de la commission de surveillance (ou sur leur proposition)

⁸² En effet, du respect de l'indépendance découle celui de la confidentialité, élément clé d'une bonne médiation (Johanne Gagnebin, Panorama des législations romande et tessinoises- Résultat d'une enquête in Christine Guy-Escabert cemaj (Ed) ; Olivier Guillod, IDS (Ed.), Médiation et santé, Editions Weblaw, Berne 2008, p. 57).

⁸³ Johanne Gagnebin soutient que Genève est le seul canton romand à garantir l'indépendance du médiateur, selon cette dernière les autres cantons voisins n'établissant pas de garanties suffisantes pour le statut indépendant du médiateur, ce dernier jouerait plutôt le rôle d'obudsman (Johanne Gagnebin, Panorama des législations romande et tessinoises- Résultat d'une enquête in Christine Guy-Escabert cemaj (Ed) ; Olivier Guillod, IDS (Ed.), Médiation et santé, Editions Weblaw, Berne 2008, p. 58).

⁸⁴ *supra* chiffre 6.1.

⁸⁵ Article 71 LOJ qui exige le secret de la médiation.

L'article 16 alinéa 4 LComPS rappelle le principe de confidentialité et impose le secret de fonction aussi bien au médiateur qu'aux parties en médiation. Cette confidentialité est limitée aux « faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de la médiation » (art. 16 al. 4 LComPS).

La LComPS protège aussi l'accès au dossier lui-même (art. 16 al. 4 LComPS) : elle précise l'interdiction pour les autorités judiciaires et administratives d'ordonner l'apport du dossier. Cette dernière précision est très importante, dans la mesure où elle a pour effet de renforcer le caractère indépendant de la médiation.

6.6. Le déroulement de la médiation

La LComPS et son règlement sont peu diserts concernant la procédure elle-même de la médiation. L'Exposé des motifs de la LComPS précise que le médiateur est désigné par le Bureau⁸⁶. Nous retenons trois points fondamentaux.

6.6.1. Le médiateur convoque les parties ; elles sont tenues de comparaître personnellement (art. 16 al. 2 LComPS). L'assistance et la représentation des parties ne sont pas admises. L'article 12 RComPS précise que les parties ne peuvent être assistées par un tiers.

De prim'abord, cette précision apparaît comme une entrave à la liberté offerte par la médiation. Cependant à y regarder de plus près, elle force les parties à s'investir personnellement dans le processus de médiation et interdit la présence de tiers qui pourrait constituer un biais, les parties risquant de ne pas s'approprier le problème ni de tenter de trouver une solution. Cela évite aussi que le débat soit monopolisé par des questions juridiques, alors que le problème peut être relationnel ou relever d'une mauvaise communication entre le patient et le professionnel de la santé. La recommandation du Conseil de l'Europe préconise d'organiser des réunions séparées avec chaque partie ou simultanées afin d'aboutir à une solution⁸⁷.

6.6.2. Un deuxième point relatif à la procédure mérite d'être mentionné : un délai de trois mois est imposé aux parties pour négocier un protocole d'accord (art 16 al. 2 LComPS). Ce délai peut surprendre lorsqu'il s'agit de médiation. En effet, la médiation -souple par essence- s'oppose à la voie judiciaire avant tout par la liberté procédurale dont devraient jouir les

⁸⁶ Exposé des motifs, MGC 2003-2004, XI A 5740

⁸⁷ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Rec(2001)9 du 5 septembre 2001, annexe à la Recommandation § III.2.ii.

parties. Faut-il en déduire que l'exigence d'un délai pour arriver à un accord contrevient à l'esprit de la médiation ? Nous ne le pensons pas. Du reste, la recommandation du Conseil de l'Europe conseille à juste titre de « prévoir une durée raisonnable pour l'aboutissement des procédures alternatives par l'introduction de délais ou par d'autres moyens »⁸⁸.

6.6.3. La question des coûts est réglée explicitement dans la loi (art. 11 LComPS). Cette procédure est gratuite. Ce qui rend la médiation d'autant plus accessible. Par ailleurs, elle ne risque pas de devenir abusive, dans la mesure où il appartient au Bureau de décider de la transmission de la plainte (classement, médiation ou instruction, art. 10 al. 2 LComPS).

6.7. Conclusion intermédiaire

Notre analyse de la médiation organisée par la LComPS nous permet de conclure que le canton de Genève a mis en place un système qui offre de bonnes garanties pour la médiation. Certes, la procédure de la médiation n'est pas détaillée dans la loi, le législateur voulant probablement organiser un cadre souple spécifique à ce mode de règlement extrajudiciaire des conflits. Ces dispositions relatives à la médiation s'avèrent ainsi globalement satisfaisantes. Pourtant, les chiffres démontrent qu'il s'agit d'une procédure peu utilisée en pratique et qui est soldée dans les trois quarts des dossiers par un échec, soit parce que l'une des parties n'a pas accepté la médiation, soit parce que les parties ne sont pas parvenues à un accord.

Comment améliorer la situation ? Nous avons relevé que le législateur pourrait inciter plus activement à la médiation⁸⁹ en obligeant le Bureau à la proposer en principe dans tous les cas (le Bureau propose et non « peut proposer »), sauf si un intérêt public prépondérant est en cause. De plus, il conviendrait de sensibiliser les usagers à ce mode extra-judiciaire de gestion des conflits⁹⁰, cette éthique civique qui contribue à construire une nouvelle citoyenneté. Ce faisant, cela permettrait de décharger sensiblement les tribunaux.

Question 7 Quid de l'attribution aux patients de la qualité de partie et ses conséquences ?

⁸⁸ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Rec(2001)9 du 5 septembre 2001, annexe à la Recommandation § 1.3.iii.

⁸⁹ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Rec(2001)9 du 5 septembre 2001, Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, § 17.

⁹⁰ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Rec(2001)9 du 5 septembre 2001, Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, § 54 - 56.

L'attribution au patient de la qualité de partie est, selon l'expression du Président Unger, « la pièce essentielle et moderne de cette loi »⁹¹. Elle renforce considérablement les droits procéduraux du patient.

7.1. L'attribution au patient de la qualité de partie

Le patient, son représentant thérapeutique ou son représentant légal, a le droit de saisir la commission de surveillance, il a un droit de plainte (art. 8 al 1 LComPS). Le législateur a mis en place une procédure de « plainte formalisée »⁹² qui doit aboutir à une décision de la commission de surveillance. A ce stade de la procédure, la loi n'établit aucune distinction entre la situation où le patient se plaint d'une violation de ses droits et celle où le patient invoque la violation des règles professionnelles de la part d'un soignant, violation susceptible d'entraîner une sanction disciplinaire.

Cette procédure vise un double but : d'une part, renforcer le contrôle de l'activité médicale et d'autre part, consolider le respect des droits du patient. Dans l'ancien droit -la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et le patient (loi K 1 80, abrogée par la loi sur la santé du 7 avril 2006)- le patient pouvait aussi se plaindre d'une violation de ses droits par un professionnel de la santé ou d'un agissement professionnel incorrect.

La grande nouveauté de la LComPS est que le patient a désormais la qualité de partie dans la procédure devant la Commission de surveillance (art. 9 LComPS).

La qualité de partie appartient à toute personne physique ou morale qui a la jouissance des droits civils (art. 11 CC) et qui a la capacité d'agir en procédure (art. 12 et 13 CC). Le mineur capable de discernement a aussi cette capacité lorsqu'il exerce ses droits strictement personnels (art. 19 al. 2 CC), par exemple les droits rattachés à sa personnalité qu'il fait valoir dans le domaine médical. Selon l'art. 6 PA⁹³, les parties sont « *les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision* ». Le cercle des personnes qui ont la qualité de partie est large et s'étend aux

⁹¹ PL 9326-A, MGC 2005-2006/VI D/28, Séance 28 su 17 mars 2006.

⁹² Tanquerel T., Le contrôle de l'administration par les citoyens en Suisse, in Bellanger F./Tanquerel T., Surveillance et contrôles de l'administration, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2008, p. 185ss.

⁹³ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), RS 172.021.

personnes « dont les droits et obligations sont touchés au même titre que le destinataire et celles qui ne subiraient pas une atteinte, mais auraient néanmoins la qualité pour recourir »⁹⁴. Le législateur genevois a repris cette notion de partie au sens large dans la LComPS. Cette qualité est attribuée à celui dont les droits peuvent être touchés par la décision envisagée. Ce faisant, le législateur a manifestement voulu reconnaître les intérêts du patient et garantir sa protection juridique.

Il s'agit d'une nouveauté de taille, dans la mesure où l'ancienne loi sur les rapports entre membres de profession de la santé et patients du 6 décembre 1987 ne conférait pas explicitement au patient la qualité de partie⁹⁵. L'issue de la procédure de plainte était une décision portant sur les droits du patient plaignant (injonction, constatation, sanction si l'autorité arrivait à la conclusion que ces droits avaient été violés). Le patient plaignant avait « la qualité de partie en application du critère strict de l'intérêt juridique, au sens de l'article 7 alinéa 1 LPA/GE, et a fortiori, en application du critère plus large posé notamment par l'article 6 PA »⁹⁶. Toutefois, il ne participait pas à la procédure : « il ne disposait que de la qualité de témoin dans cette procédure : il n'avait pas accès aux pièces fondant la décision et ne pouvait se prononcer à leur sujet. Il n'avait pas le droit de participer à l'administration des preuves et ne pouvait ni en solliciter, ni se prononcer sur les preuves administrées. Il n'avait aucun droit d'accès au dossier »⁹⁷.

7.2. Les conséquences de la qualité de partie

Nous avons relevé trois principales conséquences.

7.2.1. La première conséquence de l'attribution au patient de la qualité de partie consiste à faire de lui un acteur impliqué dans la *procédure devant la Commission*. Le patient, ou la personne qui le représente, a un droit de participer au stade de l'instruction de la plainte et de recevoir tous les actes qui concernent cette procédure. Il a notamment le droit d'être entendu (art. 29-30 PA), le droit de consulter le dossier (art. 26-28 PA), le droit d'assister à l'audition de témoins et de poser des questions (art. 18 PA). Il ressort des travaux préparatoires que le

⁹⁴ Belanger F., La qualité de partie à la procédure administrative, in Les tiers dans la procédure administrative, Tanquerel T. / Belanger F. (éd), Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2004, p. 37.

⁹⁵ Tanquerel T., Les tiers dans les procédures disciplinaires, in Tanquerel T./Belanger F., Les tiers dans la procédure administrative, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2004, p. 110; Arrêt du Tribunal fédéral du 5.02.2002, TF 2P.167/2001 c. 32.à 3.5.

⁹⁶ Tanquerel T., Les tiers dans les procédures disciplinaires, in Tanquerel T./Belanger F., Les tiers dans la procédure administrative, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2004, p. 112.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal administratif genevois du 25 août 2009, ATA/402/2009, consid. 6.

but visé par le législateur par l'attribution de la qualité de partie est d'accroître le sentiment du patient d'être entendu et d'être pleinement écouté en le plaçant au centre de la procédure⁹⁸. Le droit d'être entendu lui confère de nombreuses prérogatives : il comprend « notamment le droit pour l'intéressé de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve 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 »⁹⁹. Toutefois, ce droit n'est exercé que dans les limites de la libre appréciation des preuves par le juge¹⁰⁰.

La Commission instruit les plaintes concernant aussi bien les violations des droits des patients consacrés au chapitre V de la loi sur la santé et dans la loi concernant la privation de liberté à des fins d'assistance¹⁰¹ que les éventuelles violations aux règles professionnelles prévues à l'article 40 de la loi sur les professions médicales¹⁰² à laquelle renvoie l'article 80 de la loi genevoise sur la santé. Selon l'article 20 de la loi sur la commission de surveillance, la procédure devant la Commission de surveillance aboutit à une décision (« une injonction impérative au praticien concerné sous menace des peines prévues à l'article 292 du Code pénal ou une décision constatatoire », art. 20 al. 1 LComPS) ou à une sanction disciplinaire (avertissement, blâme et/ou amende jusqu'à CHF 20 000, art. 20 al. 2 LComPS et art. 127 al. 1 let a LS). A l'issue de la procédure, le patient, en sa qualité de partie, a droit à la notification de la décision (art. 34 al. 1 PA ; art. 21 LComPS).

7.2.2. La deuxième conséquence de l'attribution de la qualité de partie est de conférer au titulaire, en l'occurrence le patient, le *droit de recourir*. La doctrine souligne que la qualité pour recourir a un effet préventif : « le fait de disposer de la qualité pour recourir concède une position forte par rapport à l'autorité compétente, qui prendra d'autant plus soigneusement en considération les arguments d'acteurs de la procédure qu'ils « menacent » potentiellement sa décision d'un recours ultérieur »¹⁰³.

⁹⁸ PL 9326, MGC 2003-2004/XI A 5721.

⁹⁹ Arrêt du Tribunal administratif genevois du 31 août 2010, ATA/573/2010, consid. 2.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Loi concernant la privation de liberté à des fins d'assistance du 7 avril 2006 (LPLA), RS/GE K 1 24.

¹⁰² Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd), RS 811.11.

¹⁰³ Guy-Ecabert C., Procédure administrative et médiation, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2002, p. 224

La loi sur la commission de surveillance établit à ce stade de la procédure, c'est-à-dire une fois que la commission a rendu une décision ou prononcé une sanction disciplinaire, une distinction de procédure selon l'objet du recours, distinction connue sous l'ancien droit.

Les décisions de la commission de surveillance en rapport avec la violation de ses droits de patient peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice dans un délai de 30 jours (art. 22 al. 1 LComPS), ou s'il s'agit d'un patient atteint de troubles psychiques dans les 10 jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (demandes de levée de mesures de contraintes, art. 7 al. 1 let f et art. 30 al. 2 LComPS)¹⁰⁴ ou auprès de la chambre civile de la Cour de justice (recours contre une admission non volontaire ou refus de sortie, art. 7 al. 1 let c – e et art. 30 al. 1 LComPS)¹⁰⁵. Le Tribunal fédéral a reconnu que le droit de recours est un « véritable droit du patient » et souligne que la situation est « différente de celle du plaignant dans le cadre de la procédure disciplinaire contre un avocat ou un notaire »¹⁰⁶. Ainsi, en application des articles 20 alinéa 1 et 22 alinéa 1 LComPS, le patient aurait la qualité pour recourir au Tribunal fédéral si une décision constate que ses droits n'ont pas été violés¹⁰⁷. Ce droit de recourir est conforme à l'article 60 alinéa 1 lettre b LPA¹⁰⁸, car le patient est « directement touché » par la décision¹⁰⁹. Selon l'ancienne loi sur les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6 décembre 1987, le patient, qui avait le statut de plaignant, avait la qualité pour recourir au Tribunal administratif contre la décision du chef du Département (art. 10 al. 4 LRMP), mais « cela ne lui conférerait pas automatiquement la qualité pour recourir auprès du Tribunal fédéral »¹¹⁰.

En revanche, si l'objet du recours est la sanction disciplinaire prononcée par la Commission de surveillance, le patient n'a actuellement pas la qualité pour recourir (art. 20 al. 2 et 22 al. 2 LComPS). A ce stade de la procédure, le patient perd sa qualité de partie et n'est donc plus titulaire des droits qui en découlent, en particulier il n'a pas droit à la notification de la

¹⁰⁴ Le Tribunal administratif confirme le plus souvent les décisions de la Commission de surveillance : par exemple ATA 4 février 2009, ATA/65/2009 ; ATA 27 octobre 2009, ATA/542/2009. Le Tribunal administratif a rejeté le recours des proches qui s'opposaient à la levée d'une mesure de contrainte, ATA 18 mai 2010, ATA/342/2010.

¹⁰⁵ A notre connaissance, la Cour de justice en sa qualité d'autorité de recours contre les décisions de la Commission de surveillance a toujours confirmé les décisions prises par la Commission.

¹⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 26.11.2007, TF 2C_260/2007, consid. 1.3.

¹⁰⁷ Cf l'arrêt pré-cité du Tribunal fédéral du 26.11.2007, 2C_260/2007, consid. 1.3.

¹⁰⁸ Loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985, RS/GE E 5 10.

¹⁰⁹ L'article 89 alinéa 1 lettre c LTF mentionne « un intérêt digne de protection » (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110).

¹¹⁰ La question a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 26.11.2007, 2C_260/2007, consid. 1.3.

décision. Dans un arrêt du 25 août 2009, le Tribunal administratif a considéré que l'article 22 LComPS était une *lex specialis* par rapport à l'article 60 lettre a LPA¹¹¹.

7.2.3. La troisième conséquence de l'attribution au patient de la qualité de partie est d'ordre pratique¹¹².

Nous observons par rapport aux anciennes commissions une augmentation du nombre de plaintes. A titre indicatif, les plaintes déposées devant les deux anciennes commissions, la Commission de surveillance des activités médicales et la Commission de surveillance des professions de la santé, étaient au nombre de 49 en 2001 ; 49 en 2002 ; 47 en 2003 ; 38 en 2004 ; 64 en 2005 et 38 jusqu'au 30 août 2006. Depuis l'instauration de la nouvelle Commission de surveillance, le nombre de plaintes a augmenté, mais il est relativement stable. Des rapports d'activité de la Commission, il ressort que du 1^{er} septembre au 31 décembre 2006, 34 plaintes ont été déposées ; en 2007, 90 ; en 2008, 83 et en 2009, 89. A cet égard, il importe de rappeler que la procédure devant la Commission est gratuite (art. 11 al. 1 LComPS). Ce n'est qu'en cas d'abus que la Commission peut demander un émolument (art. 11 al. 2 LComPS). La gratuité de la procédure n'est peut-être pas tout à fait étrangère à l'augmentation du nombre de plaintes de la part des patients et à la juridicisation de la procédure devant la Commission qui débouche souvent sur le dépôt d'une action en justice.

7.3. Conclusion intermédiaire

L'attribution au patient de la qualité de partie lui confère de nouveaux droits. Ses droits procéduraux sont reconnus et renforcés devant la Commission de surveillance. Il en va de même pour les droits des personnes qui agissent en son nom.

Le droit de recourir qui en découle garantit le respect de ses droits de patient et lui permet de les faire valoir jusqu'au Tribunal fédéral.

L'exclusion du droit de recourir contre une sanction disciplinaire rappelle la mission de surveillance qui incombe à la Commission et qui relève de la santé publique. La position du patient n'est, à notre sens, pas péjorée, par cette limitation.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal administratif du 25 août 2009, ATA/402/2009, consid. 8.

¹¹² Nous tirons ces renseignements des rapports d'activités de l'actuelle Commission de surveillance et, pour les anciennes commissions, des rapports de gestion du Conseil d'État sous Département de l'action sociale et de la santé.

Conclusion générale sur les effets de la loi sur la Commission de surveillance

L'institution d'une *Commission unique* pour les patients somatiques et psychiques est tout à fait en harmonie avec l'évolution de la conception des droits des patients. La Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients cumule plusieurs fonctions : une fonction de garant du respect des droits des patients, une fonction de surveillance des professions de la santé, une fonction de gestion des plaintes ou dénonciations. Chacune de ces fonctions s'est complexifiée et le volume des dossiers s'est amplifié depuis 2007. L'attribution au patient de la qualité de partie améliore incontestablement le statut de ce dernier, mais contribue aussi bien à une juridicisation de la procédure, qui devient plus lourde, qu'à une judiciarisation des questions traitées devant la Commission. Les compétences de la Commission se sont élargies : elle a une compétence décisionnaire pour la plupart des dossiers dont elle est saisie, les délais pour rendre une décision motivée, ne serait-ce que succinctement, sont très brefs pour le volet psychiatrique, les parties doivent être entendues et le volume des dossiers a littéralement explosé. Malgré ces modifications d'importance quantitative et surtout qualitative, les moyens mis à disposition de la Commission n'ont pas suivi tous ces changements fondamentaux. La Commission fonctionne telle une autorité juridictionnelle, alors que ses membres titulaires n'ont pas le statut qui lui correspond. Par ailleurs, la structure administrative de la Commission devrait être renforcée par la collaboration d'un juriste supplémentaire : le cumul des tâches du greffier-juriste et du directeur de la Commission est trop lourd. Le bon traitement des dossiers par la Commission confine au défi, qui a jusqu'ici été relevé avec un succès incontestable dû au mérite manifeste des personnes en charge.

Le Bureau allège le travail des membres de la Commission en procédant à l'examen préalable des dossiers en vue de leur répartition. Nous constatons que le Bureau a un large pouvoir dans la décision de classement immédiat d'une plainte ; la commission plénière n'a pas un droit de regard sur cette décision. Toutefois, le patient peut contester une décision de classement. De plus, il appartient au Bureau d'apprécier si un dossier peut être envoyé en médiation. Il serait préférable de prévoir une obligation pour le Bureau d'envoyer le dossier en médiation, à moins qu'un intérêt public prépondérant ne s'y oppose. Dans un tel cas, le Bureau devrait justifier le non-envoi en médiation.

La *composition* de la Commission semble globalement bien réfléchi. Néanmoins, une répartition égale des genres impliquerait un changement du statut des membres de la commission. De plus, l'analyse de la loi démontre que les décisions des délégations échappent

à la compétence décisionnaire de la commission plénière qui n'a même pas un pouvoir de ratification et donc une possibilité de prendre une autre décision. Quant aux dossiers qui relèvent de sa compétence décisionnaire, tout le travail d'instruction est confié à une sous-commission. Loin d'être une « chambre d'enregistrement », la commission plénière peut, en cas de désaccord avec une sous-commission, lui renvoyer le dossier pour complément d'instruction ou modification de la quotité de la sanction. Par ailleurs, il nous semble souhaitable de prévoir dans la commission plénière la représentation de deux spécialisations sensibles, un gynécologue-obstétricien et un pédiatre.

Nous proposons en outre que l'exigence de la présence d'un juriste dans la délégation soit mentionnée dans la loi et non dans le règlement (actuellement art. 21 al. 1 RComPS). L'article 20 alinéa 2 devra être adapté à l'article 127 alinéa 1 lettre a de la loi sur la santé et à l'article 43 alinéa 1 lettre c de la loi fédérale sur les professions médicales. De plus nous suggérons que l'article 26 de la loi sur la commission de surveillance mette plus l'accent sur le besoin d'assistance du patient.

Au terme de notre évaluation, un constat général s'impose : aussi bien la loi sur la Commission de surveillance que le fonctionnement de la Commission sont opaques et peu intelligibles au non-juriste. De plus, la structure administrative de la Commission mériterait d'être consolidée par la collaboration d'un juriste supplémentaire. Enfin, le recours à la médiation devrait être encouragé par le législateur, plus qu'il ne l'est actuellement, afin d'échafauder par la loi une nouvelle éthique civique de la discussion chaque fois que cela est possible et pour autant qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose.

Dominique Manaï

10 mai 2011

