



Nul n'est censé ignorer... ...que le secret médical doit être manié avec précaution



Rev Med Suisse 2006 ; 2 : 682-6

Coordination rédactionnelle:

Antonella Cereghetti,
Mercedes Novier et Odile Pelet
Avocates au Barreau

Auteur:

Antonella Cereghetti
Avocate, diplômée en droit européen (LLM),
licenciée en sociologie
Rue du Grand-Chêne 4-8, 1002 Lausanne
acereghetti@freesurf.ch

C'est en invoquant Apollon, Asclépios et Hygie qu'Hippocrate prêta serment et pris notamment l'engagement de faire et de considérer comme secret tout ce qu'il verrait ou entendrait autour de lui, dans l'exercice de son art ou de son ministère, et qui ne devrait pas être divulgué.¹

Cette promesse solennelle confèrait à l'obligation de confidentialité un caractère sacré et intangible, qui a, par la suite, été consacré dans les législations de la plupart des pays occidentaux. Ainsi, le secret médical, avec les droits et obligations qui en découlent, a longtemps été régi par des principes clairs. Cependant, il n'en va plus de même aujourd'hui et la multiplication de textes législatifs souvent contradictoires est devenue une source d'hésitations, voire d'incompréhension, pour les médecins, comme pour les patients.

D'un côté, on assiste à la création de normes légales qui paraissent renforcer l'obligation de confidentialité et étendre le cercle des personnes qui y sont tenues. De l'autre, on constate au contraire que de nombreuses dispositions légales et réglementaires introduisent des exceptions qui battent en brèche le principe même du secret professionnel,² en obligeant les personnes qui y sont soumises à signaler certaines situations ou à communiquer des données personnelles et médicales sur leurs patients.

C'est ainsi par exemple que la législation vaudoise comporte plusieurs dispositions légales qui obligent les personnes astreintes au secret professionnel à signaler les cas de maltraitance ou de soins dangereux, allant même jusqu'à assortir cette obligation de sanctions pénales.³

Dans un autre ordre d'idées – mais avec des effets similaires sur le secret médical – le projet de 5^e révision de la loi fédérale sur l'assurance invalidité, s'il est adopté, permettra au médecin de l'AI de demander aux médecins traitants de l'assuré de lui fournir les renseignements nécessaires lorsque ce dernier ne donne pas suite à l'invitation qui lui est faite d'autoriser les fournisseurs de soins à renseigner l'AI.⁴

De la même manière, on a introduit une législation sur la protection des données qui réglemente la collecte, la con-

servation et la transmission des données dites sensibles,⁵ alors qu'en parallèle, les médecins sont sans cesse invités à communiquer des informations extrêmement détaillées sur leur patient, par le biais de bilans de santé, de certificats et de rapports médicaux, ou encore de formulaires de facturation.

Dans ces conditions, il est difficile pour le praticien de s'y retrouver et de savoir quelle attitude adopter, quelles informations transmettre, quand et à quelles conditions le faire ou encore à qui. Le secret médical correspond-il encore à une réalité juridique qui doit être respectée ou est-il devenu une simple clause de style ?

Pour répondre à cette question, il convient au préalable de rappeler brièvement ce que recouvre la notion juridique d'obligation de confidentialité en droit suisse.

LES OBLIGATIONS DE CONFIDENTIALITÉ DU DROIT FÉDÉRAL

La législation fédérale consacre trois sortes d'obligations de confidentialité, à savoir le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP) et le devoir de discrétion (art. 35 LPD). Bien souvent ces différents secrets se recoupent, mais ils ne visent pas forcément le même cercle de personnes et ne protègent pas toujours les mêmes intérêts, de sorte que le médecin ou le professionnel de la santé peut être soumis à plusieurs types de secrets, alternativement ou cumulativement.

En raison de la multiplicité des questions qui se posent en la matière, seuls le secret professionnel et le secret de fonction consacrés par le Code pénal (art. 320 et 321 CP) seront traités dans cet article. Cependant, les praticiens peuvent trouver des réponses à bon nombre de leurs questions en lien avec le devoir de discrétion de la protection des données sur le site du Préposé fédéral à la protection des données.⁶

1 Le texte complet du serment d'Hippocrate (traduction du Littré) se trouve sur le site de la Société vaudoise de médecine (<http://www.svmed.ch>).

2 Pour les professions de la santé, les notions de secret médical et de secret professionnel sont identiques et peuvent être utilisées indifféremment.

3 Art. 80a de la loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP); art. 26 de la loi vaudoise du 4 mai 2004 sur la protection des mineurs (LProMin).

4 Art. 3c du projet de modification de la loi fédérale sur l'assurance invalidité (FF 2005 4357).

5 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1).

6 <http://www.edsb.ch>



LE SECRET PROFESSIONNEL

Le secret professionnel de l'article 321 CP protège la sphère privée et le bon fonctionnement de la profession visée. Sa réglementation en droit suisse repose avant tout sur l'article 321 du Code pénal, qui en pose aussi bien le principe que les exceptions.

Cette disposition est complétée par les législations sanitaires cantonales qui, pour l'essentiel, ne modifient pas le contenu du secret professionnel, mais étendent le cercle des personnes qui y sont tenues à d'autres professionnels de la santé.

Les deux premiers alinéas de l'article 321 CP posent le principe du secret professionnel en prévoyant que les ecclésiastiques, les avocats, les défenseurs en justice, les notaires, les contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires et les étudiants, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.

Le secret professionnel n'est toutefois pas absolu. Il existe plusieurs *modus legibus* d'en être délié et le praticien doit les avoir à l'esprit lorsqu'il est amené à se demander s'il peut ou s'il doit divulguer des informations sur son patient.

Ceux-ci sont prévus aux chiffres 2 et 3 de l'article 321 CP qui précisent que la violation du secret professionnel n'est pas punissable, lorsque la révélation d'informations a été faite avec le consentement de l'intéressé – ou de son représentant légal –, avec l'autorisation de l'autorité supérieure ou encore lorsqu'une disposition légale, fédérale ou cantonale, prévoit une obligation de renseigner une

Quelle est l'autorité cantonale compétente pour lever le secret médical?

Vaud: Le Conseil de santé (art. 13 de la Loi sur la santé publique du 29 mai 1985)

Fribourg: La Direction de la santé, sur préavis du médecin cantonal (art. 90 de la loi sur la santé du 16 novembre 1999)

Neuchâtel: Le Département, sur préavis du médecin cantonal (art. 62 de la loi de santé du 6 février 1995)

Valais: La Commission de levée du

secret professionnel (art. 12 de la loi sur la santé du 9 février 1996)

Jura: Le médecin cantonal (art. de la loi sanitaire du 14 décembre 1990)

Genève: La commission de surveillance des professions de la santé (art. 105 de la Loi du 11 mai 2001 sur l'exercice des professions de la santé, les établissements médicaux et diverses entreprises du domaine médical)

Tessin: Le médecin cantonal (art. 20 de la legge del 18 aprile 1999 sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario).

autorité ou de témoigner en justice.

La première exception prévue par la loi est le *consentement du patient* à ce que des informations soient divulguées (art. 321 ch. 2 CP). Dans la pratique, c'est la situation la plus fréquente et c'est également celle qui doit être préférée. Cependant, si l'accord du patient est la solution la plus simple pour être délié du secret professionnel, elle n'est pas sans susciter quelques difficultés, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir quelle est la forme qu'il doit revêtir, qui peut le donner et quelle est son étendue.

Le consentement n'est soumis à aucune forme particulière. Il peut être oral ou écrit, mais dans certaines situations, il est utile de demander au patient une confirmation écrite de son accord, en particulier lorsque les informations sont demandées dans un cadre officiel. Dans tous les cas, il doit émaner d'une personne capable de discernement, c'est-à-dire d'une personne qui est en mesure d'apprécier le sens et les effets de son acte et d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable.⁷

Il n'est pas toujours aisé de déterminer quelle est la personne qui peut valablement donner ce consentement, notamment lorsqu'il s'agit de personnes partiellement incapables de discernement, de personnes âgées grabataires, ou encore d'adolescents. Il n'y a pas de réponse tranchée quant à l'âge à partir duquel la capacité de discernement doit être tenue pour certaine⁸ et celle-ci doit s'apprécier dans chaque cas particulier.⁹ Lorsque le praticien parvient à la conclusion qu'elle fait défaut, le consentement doit alors être donné par le représentant légal (parents, tuteur ou curateur). De même, lorsque le patient est allophone, il appartient au praticien de s'assurer, le cas échéant avec le concours d'un traducteur, que le

sens et les conséquences de l'accord donné ont été bien compris.¹⁰

Enfin, à moins qu'il n'en soit convenu différemment, la divulgation ne peut porter que sur les informations pertinentes et, en cas de doute, il est souhaitable que la question soit posée précisément au patient concerné.

Si le professionnel de la santé estime que certaines informations doivent être divulguées et qu'il n'a pas l'accord de son patient, soit parce qu'il n'a pas pu le recueillir, soit parce que le patient l'a refusé, il devra alors faire usage de la seconde possibilité prévue par la loi (art. 321 ch. 2 CP), c'est-à-dire demander l'autorisation de son autorité de surveillance, en expliquant les raisons pour lesquelles il demande à être délié.

Enfin, la troisième possibilité pour le professionnel de la santé d'être délié du secret professionnel résulte des exceptions prévues par la loi elle-même (art. 321 ch. 3 CP). Il s'agit des dispositions légales, fédérales ou cantonales, qui soit permettent à la personne soumise au secret professionnel de divulguer des informations sur son patient dans certaines situations, soit l'obligent à le faire lorsque certaines conditions sont remplies.¹¹

Sur le plan fédéral, le caractère obligatoire de la transmission d'informations relève pour l'essentiel de la législation sur les épidémies,¹² en particulier de la loi fédérale sur les maladies transmissibles et ses ordonnances, qui énumèrent un certain nombre de maladies qui doivent obligatoirement être déclarées au médecin cantonal.

Par ailleurs, l'obligation de communiquer des informations couvertes par le secret professionnel peut également découler du devoir général de ne pas mettre en danger la vie d'autrui, consacré par les dispositions du Code pénal qui

7 ATF 117 II 231

8 La capacité de discernement ne se confond pas avec la majorité. Aussi, lorsque le professionnel de la santé considère qu'un adolescent dispose de cette capacité de discernement, il n'a pas à requérir le consentement des parents, quand bien même celui-ci n'est pas encore majeur.

9 ATF 111 V 58

10 Voir à cet égard Ariane Ayer, L'accès aux soins des patients allophones, in *Plaidoyer* 6/04, p. 56.

11 A cet égard, voir Jean Maron et Olivier Guillod, Secret médical. Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient? in *Bulletin des médecins suisses*, 37/2000, p. 2047.

12 RS 818 101

Le cas particulier de la recherche

L'article 321bis du Code pénal traite spécifiquement du secret professionnel en matière de recherche médicale et prévoit que celui-ci peut être levé à des fins de recherche dans le domaine de la médecine ou de la santé publique, à la double condition qu'une commission d'experts en donne l'autorisation et que l'intéressé, après avoir été informé de ses droits, n'ait pas expressément refusé son consentement. La composition, l'organisation et les compétences de cette commission

d'experts sont réglées par l'Ordonnance fédérale du 14 juin 1993 concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (OALSP, in RS 236.154). Cette commission, composée de sept membres nommés par le Conseil fédéral, peut octroyer des autorisations particulières, limitées à un projet de recherche, ou des autorisations générales à des cliniques et à des instituts médico-universitaires, valables pour tout le personnel chargé de recherches internes ou pour les candidats au doctorat.

répriment l'exposition (art. 127 CP) et l'omission de porter secours (art. 128 CP). Ces normes légales s'imposent à tout un chacun et donc a fortiori aux professionnels de la santé. Cependant, pour qu'elles justifient la divulgation de telles informations, il est nécessaire que certaines conditions d'application soient réunies.¹³

Concrètement, la première de ces dispositions (l'exposition) suppose d'être en présence d'une personne qui est hors d'état de se protéger elle-même, qui est exposée à un danger de mort ou à un danger grave et imminent pour la santé, et à l'égard de laquelle le professionnel de la santé a un devoir de protection.

La seconde disposition permettant de lever le secret professionnel (l'omission de prêter secours) nécessite, quant à elle, que la personne en principe bénéficiaire du secret soit en danger de mort imminent pour trouver application et permettre au professionnel de la santé de transmettre des informations en principe couvertes par le secret.

La plupart des dispositions du droit cantonal reprennent le caractère obligatoire des déclarations prévues dans la législation fédérale sur les épidémies. A notre connaissance, seule la loi vaudoise institue pour les professionnels de la santé, des obligations supplémentaires

de transmettre des informations en principe couvertes par le secret professionnel, avec deux dispositions qui prévoient l'obligation de dénoncer à l'autorité compétente les cas de maltraitance et de soins dangereux (art. 80a LSP) et de signaler les situations de mineurs en danger dans leur développement (art. 26 LProMin).

Même si elles ont le mérite d'attirer l'attention des praticiens sur la nécessité de ne pas fermer les yeux sur les situations de maltraitance, on peut douter que ces dispositions s'appliquent aux personnes soumises au secret professionnel ou au secret de fonction en vertu du droit fédéral soit, dans le domaine de la santé, les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires et les étudiants. En effet, le droit fédéral, qui prime sur le droit cantonal, prévoit un droit – et non une obligation – d'aviser l'autorité tutélaire lorsqu'un mineur est en danger (art. 358ter CP). Il n'est dès lors pas certain que ces dispositions trouveraient application si un médecin vaudois était accusé de n'avoir pas dénoncé une situation de maltraitance aux autorités concernées.

Le témoignage en justice

L'article 321 chiffre 3 du Code pénal réserve non seulement les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité, mais aussi celle de témoigner en justice.

Pratiquement, la plupart des droits cantonaux de procédure pénale et civile, prévoient que nul n'est tenu de révéler un secret dont il est dépositaire de par son état ou sa profession, à moins qu'il n'en soit expressément délié ou que la loi l'oblige ou l'autorise à le faire. Cela signifie que le professionnel de

Enfin, le caractère facultatif de la transmission d'informations couvertes par le secret professionnel résulte pour partie de normes fédérales spécifiques et pour partie de normes fédérales générales.

Les dispositions spécifiques qui permettent aux praticiens concernés qui l'estiment de divulguer des informations couvertes par le secret professionnel, ont trait à l'abus de stupéfiants,¹⁴ à l'incapacité de conduire,¹⁵ à la mise en danger des mineurs dans leur développement¹⁶ ou encore à la recherche médicale et de santé publique.¹⁷

Les normes générales figurent quant à elles dans le Code pénal. La violation du secret professionnel peut ainsi être justifiée par le devoir de fonction ou de profession (art. 32 CP), par la légitime défense (art. 33 CP), ou encore par l'état de nécessité (art. 34 CP), qui sont elles aussi des dispositions légales qui concernent tout un chacun, mais qui supposent que des conditions bien particulières soient réunies pour permettre de supprimer le caractère punissable de la violation du secret professionnel.

LE SECRET DE FONCTION

Le secret de fonction prévu à l'article 320 CP est, quant à lui, destiné à protéger l'institution ou l'établissement public qui en dépend. Il prévoit que les membres d'une autorité ou les fonctionnaires – fédéraux, cantonaux ou communaux – qui auront révélé un secret qui leur a été confié ou dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leur charge ou de leur emploi seront punis de l'emprisonnement ou de l'amende, même si cette révélation a eu lieu après que la charge ou l'emploi ait pris fin.¹⁸

A la différence du secret professionnel,

la santé amené à témoigner en justice doit se demander à quel type de secret il est soumis et doit s'assurer d'en être délié. S'il est soumis à plusieurs types de secrets (secret professionnel et secret de fonction), chacun devra être levé selon la procédure qui lui est propre. Ainsi, le médecin qui travaille dans un hôpital public ou dans un établissement de droit public devra être délié aussi bien du secret professionnel que du secret de fonction pour pouvoir communiquer des informations sur un patient.

13 Pour en savoir plus sur ce thème, voir Jean-François Dumoulin, Le secret professionnel des soignants, in Revue suisse du droit de la santé 2/2004, p. 21.

14 art. 15 al. 1^{er} de la loi fédérale sur les stupéfiants.

15 art. 14 al. 4 de la loi fédérale sur la circulation routière.

16 art. 358ter CP

17 art. 321bis CP

18 Certaines législations cantonales soumettent en outre les collaborateurs d'institution de droit public au secret de fonction.



il s'agit d'une infraction qui se poursuit d'office et il n'est pas nécessaire qu'une plainte soit déposée. De surcroît, les conditions permettant d'en être délié sont plus strictes, puisqu'elles ne comprennent pas le consentement du patient, mais seulement celui de l'autorité supérieure.

Les sanctions encourues en cas de violation du secret professionnel ou du secret de fonction sont en revanche les mêmes. Elles peuvent être d'ordre pénal, administratif ou encore civil.

CONCLUSION

On le voit, le secret médical en droit suisse n'a plus grand chose à voir avec la profession de foi enseignée par Hippocrate et les praticiens sont soumis à des injonctions légales, morales ou éthiques paradoxales, voire carrément contradictoires. Parfois, la situation ne prête guère à discussion et la solution légale s'impose d'elle-même, mais bien souvent, il est difficile au praticien de savoir quel comportement adopter: est-il de son de-

voir de se taire ou se trouve-t-il face à une situation qu'il doit dénoncer? Cas échéant, doit-il tout dire ou au contraire ne doit-il communiquer que ce qu'il estime nécessaire? Pour être en mesure de répondre à ces questions, le professionnel de la santé devra garder à l'esprit que ces différents principes légaux ne se substituent pas à la conscience individuelle et à l'éthique sociale, mais qu'ils sont là pour éclairer la réflexion et leur servir de cadre. ■