

Swiss Institute of
Bioinformatics

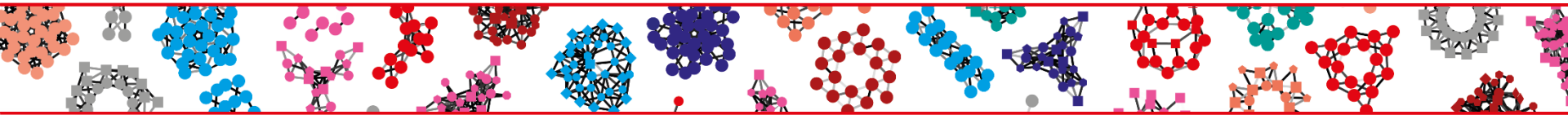
Secret médical : portée et limites

Dr. iur. Frédéric Erard, av.

Head, Legal and Technology Transfer Office / Data Protection Officer

Objectifs de la présentation

- Mettre en lumière les enjeux du secret médical
- Identifier les défis actuels
- Rappeler les fondements juridiques et limites du secret médical
- Mettre en évidence les développements récents
- Dresser un constat critique



Introduction



Luke Fildes

Introduction

« Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confiance et de confiance sans secret. »

Louis Portes

LE SECRET MÉDICAL EST-IL EN VOIE DE DISPARITION?

Dernière mise à jour 28/10/15 | Article

RELATION MÉDECIN VOIR TOUS LES A...

AUTEURS

- Dr Marie-Josephe Rey

AGENDA

01. Jul 2020 / 00:01
15. Aug 2021 / 23:59

Expo

10. Oct 2020 / 14:00
10. Oct 2020 / 16:00



REVUE MÉDICALE SUISSE

REVUE MÉDICALE SUISSE COVID

Home / RMS / 2015 / RMS N° 497

Secret médical, la fin?

Bertrand Kiefer

Rev Med Suisse 2015; volume 11. 2308-2308

Téléct

«La fin de la vie privée»: c'était l'affirmation qui servait de titre à

LE TEMPS

NTINU BLOGS VIDÉOS MULTIMÉDIA ~ EPAPER/PDF

ret de Polichinelle

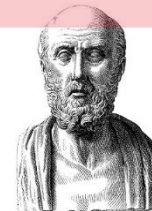
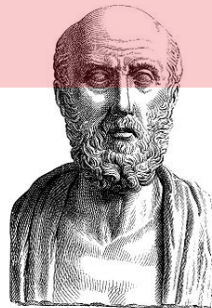
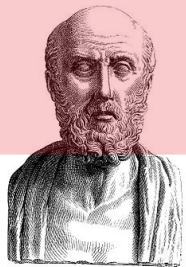
SCANNER

Secret de Polichinelle

Le secret médical est aujourd'hui attaqué de toutes parts, avec pour conséquence une dissémination de nos données intimes

Enseignements historiques

- Caractère malléable du secret médical à travers les époques
- Influencé par des considérations d'ordre social, économique, politique, médical et historique



Intérêts protégés par le secret médical

Intérêt individuel de la patiente

- Protection de la sphère intime/privée de la patiente
- Santé individuelle

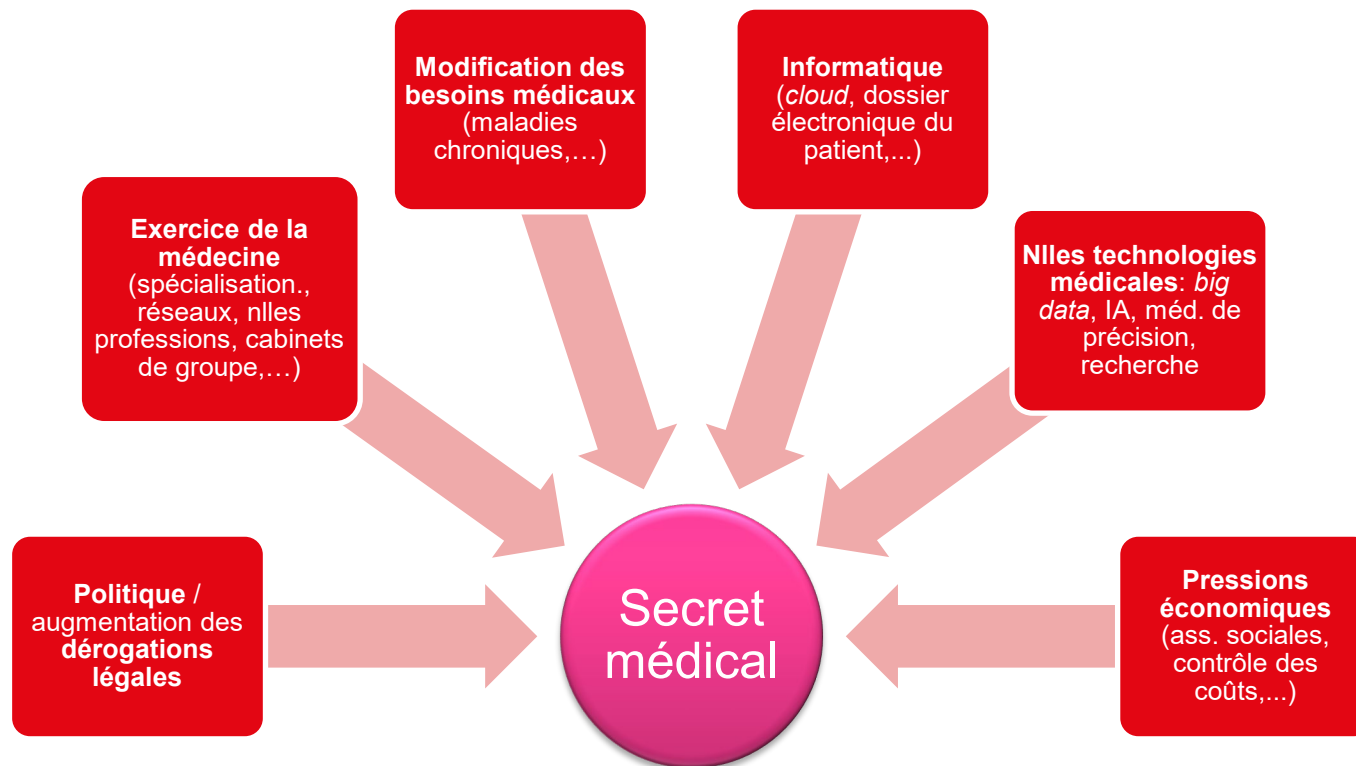
Intérêt public

- Confiance du public envers les professions de soins et accès aux soins
- Exercice correct des professions de soins
- Intérêt public propre : lutte contre les maladies transmissibles, lutte contre le recours à des méthodes de soins non contrôlées par la population, protection contre le phénomène de la « *patiente de verre* » ...

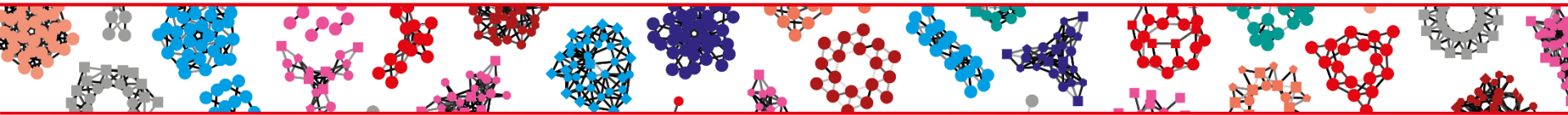
Intérêt propre des professionnelles de la santé ?

- Relève plutôt des deux intérêts précédents. A l'époque, aspect réputationnel

Contexte actuel



Conséquences : plus d'acteurs, plus de communications, plus de transparence



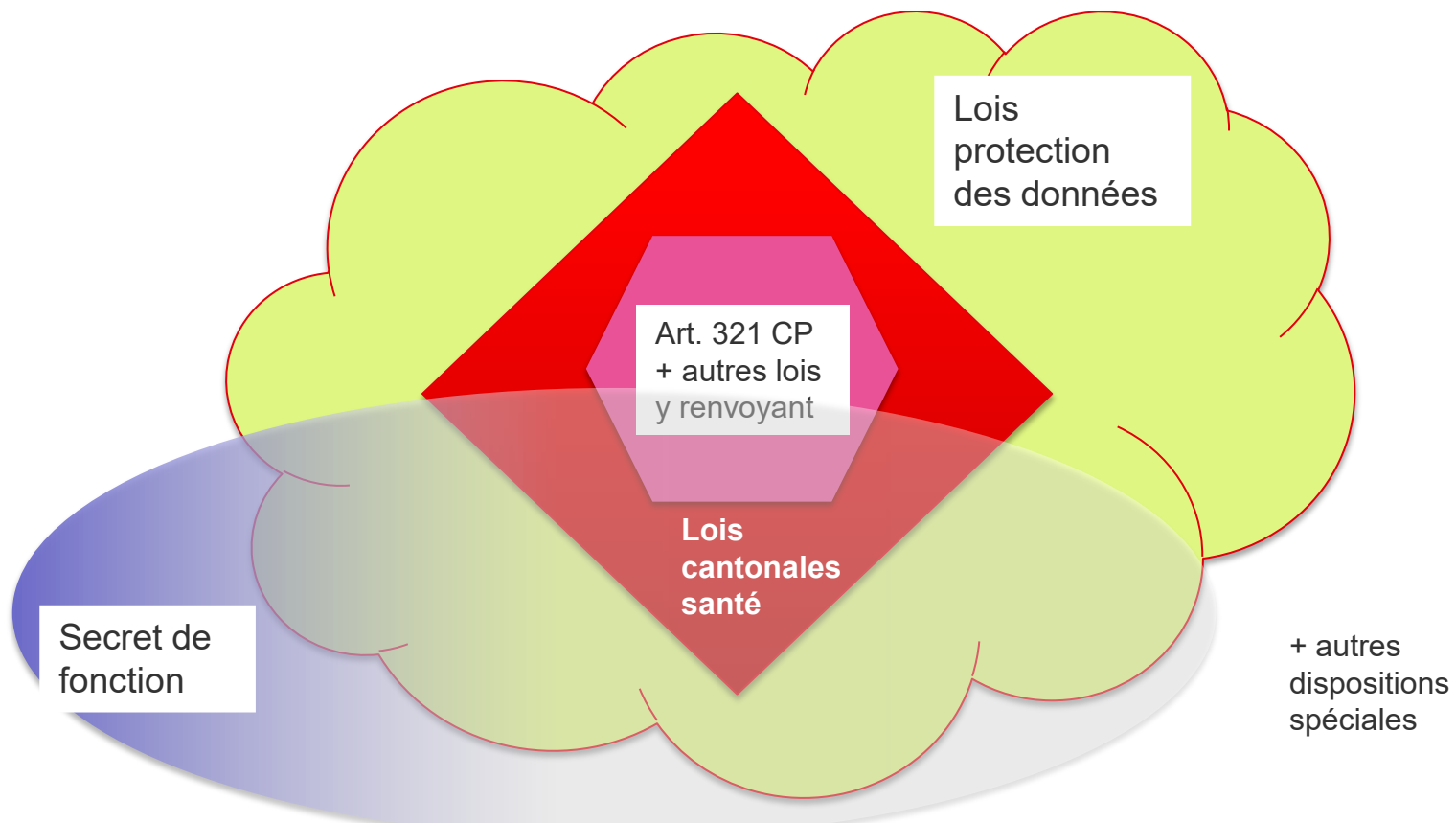
Fondements juridiques en droit suisse

Fondements juridiques en droit suisse



Champs d'application distincts

Fondements juridiques en droit suisse



Articulation des normes

Application des règles relatives aux concours ou conflits de normes:

- Règle **supérieure** l'emporte sur une règle de droit inférieure
- Règle **spéciale** prime sur la règle générale
- Règle **nouvelle** prime sur la règle la plus ancienne

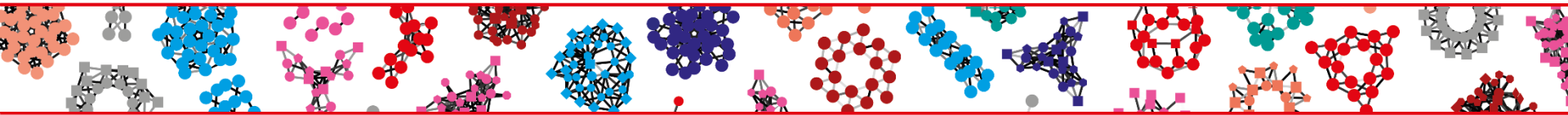
En cas de conflit: résolution par voie d'interprétation, conciliation des normes ou choix d'une norme



Articulation des normes

De manière (très) résumée :

- LPD ou lois cantonales protection des données s'appliquent aux traitements de données
 - 321 CP comme norme spéciale (aussi par renvoi des lois régissant les professions à l'échelon fédéral comme LPMéd)
 - Réserve des règles limitant la portée de 321 CP (not. droit fédéral ou cantonal)
 - Secret professionnel (art. 321 CP) prime en principe sur secret de fonction (320 CP) pour informations en lien avec l'exercice de la profession médicale
- Veiller à distinguer les rôles liés aux « soins » vs « expertise »



Quelques considérations relatives à l'art. 321 CP

Article 321 CP

- 📄 Art. 321 Violation du secret professionnel

Violation du secret professionnel

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations¹, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que leurs auxiliaires, 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 d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.²

Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.

La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.

3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice.³

Norme de référence
pour le secret
professionnel en Suisse

Contexte d'adoption:
début du XX^e siècle

Champ d'application 321 CP : auteur

Liste exhaustive (!) enrichie au cours des dernières années :

- Certaines professions hors santé (ex. : avocats, ecclésiastiques)
- **Médecins**
- **Dentistes**
- **Chiropraticiens**
- **Pharmaciens**
- **Sages-femmes**
- **Psychologues**
- **Infirmiers**
- **Physiothérapeutes**
- **Ergothérapeutes**
- **Diététiciens**
- **Optométristes**
- **Ostéopathes**

- **Auxiliaires**
- **Etudiants**

Par renvoi, personnes visées par art. 321^{bis} CP, art. 2 LCCMG, art. 3c LStup

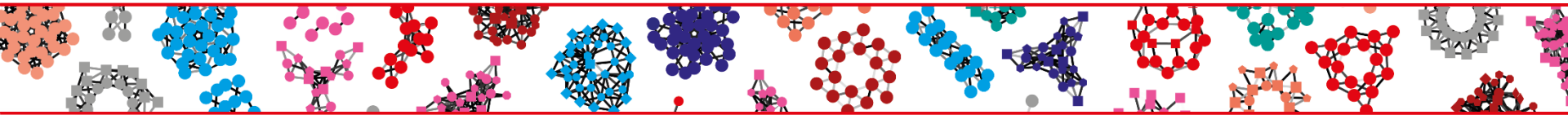
Notion d'auxiliaire controversée : personne qui apporte un soutien étroitement lié à l'activité du professionnel soumis à l'art. 321 CP et qui, dans ce cadre, est appelée à prendre connaissance de secrets au sens de cette disposition

Article 321 CP – Secret professionnel

Contexte d'adoption: début du XX^e siècle

Éléments constitutifs de l'infraction :

- Auteur
- Secret
- Secret confié en vertu de la profession ou appris dans l'exercice de la profession ou des études
- Révélation du secret
- Intention
- Poursuivi sur plainte uniquement



Limites du secret professionnel/médical

Limites : systématique générale

Limites:

- Consentement
- Levée du secret par l'autorité cantonale compétente
- Dérogations légales

Attention: pas de dérogation sur la base d'« intérêts prépondérants » comme c'est le cas pour la LPD, mais prise en compte des intérêts prépondérants dans certaines dérogations prévues par la loi



Limites du secret professionnel : consentement

Règle de base



CONSENT
MATTERS

Modalités

- Droit strictement personnel sujet à représentation
- Libre et éclairé
- Pas d'exigence de forme: écrit, oral, tacite ou par actes concludants, mais en principe pas présumé (relation avec LPD: explicite; LPDrév: consentement exprès?)
- Révocable

Effets pour la soignante: obligation de communiquer? En principe oui (ordre de la mandante)

Levée du secret par l'autorité compétente

« La révélation n'est pas punissable [...] si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit. »

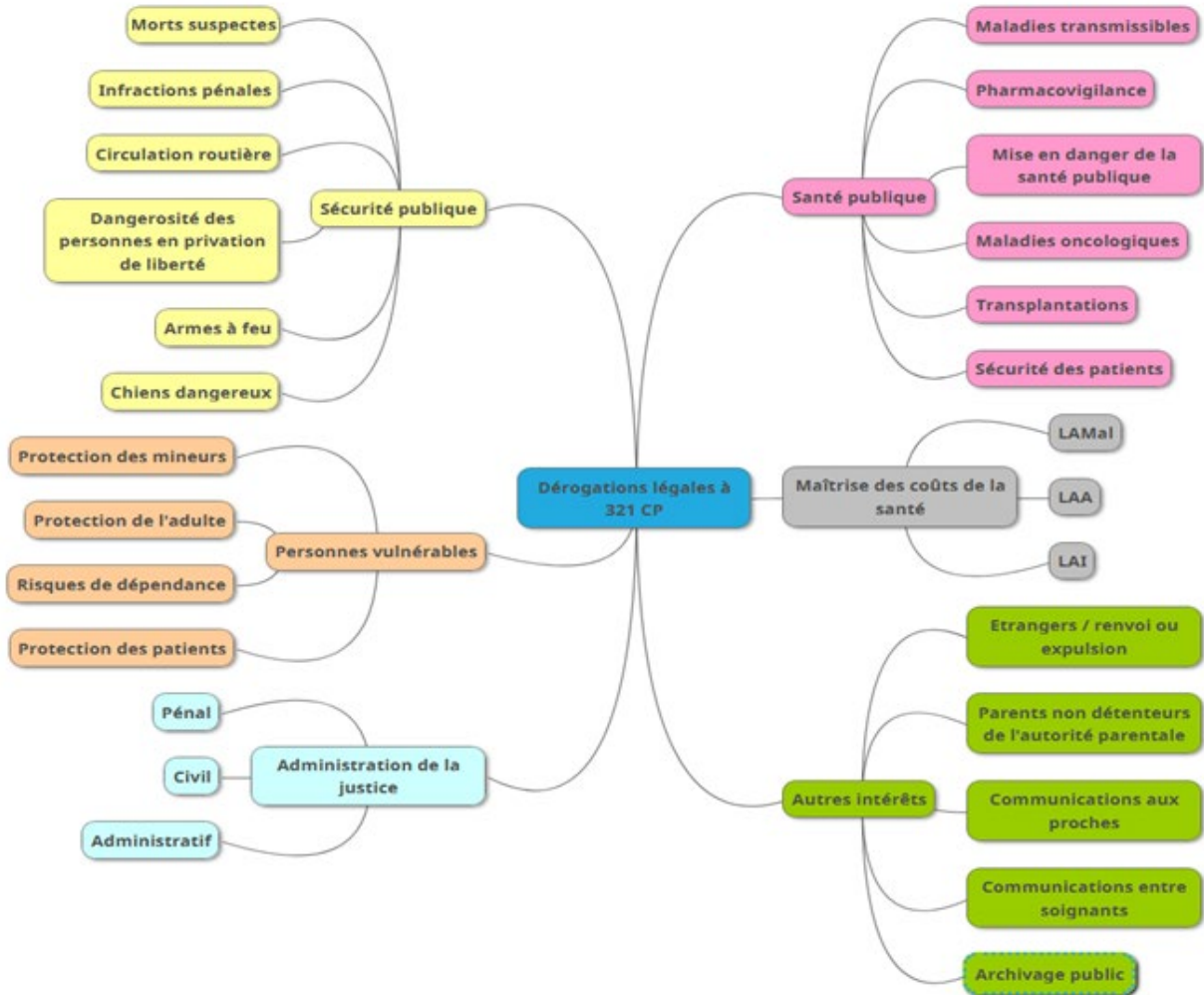
- Subsidiaire au consentement (utile si patiente refuse, est décédée ou a disparu)
- Autorité compétente et composition déterminée par le droit cantonal (lieu d'activité)
- **Seule la professionnelle** peut demander à être relevée de son secret
 - Exception : APEA (art. 314e al. 3 et 448 al. 2 CC)
- Autorité procède à une pesée de tous les intérêts en jeu:
 - Seul un intérêt public ou privé **clairement prépondérant** peut justifier la levée du secret professionnel (ATF 142 II 256 c. 5.1 non publié)
- Proportionnalité: levée **uniquement pour les infos nécessaires**

Déroptions légales

Art. 321 ch. 3 CP: « Demeurent réservées les dispositions de la **législation fédérale et cantonale** statuant un **droit** d'aviser une autorité et de collaborer, une **obligation** de renseigner une autorité ou une **obligation** de témoigner en justice. »



Droit fédéral ou cantonal



Dérogations légales

Evaluation en amont par le législateur

Nécessite en principe une base légale formelle, doit viser expressément les professionnelles de la santé et être suffisamment précise

Facultés vs obligations

En cas de faculté, pas possible de reprocher à la soignante un manquement en cas de non-signalement (pas de position de garante / TF 6B_924/2009)

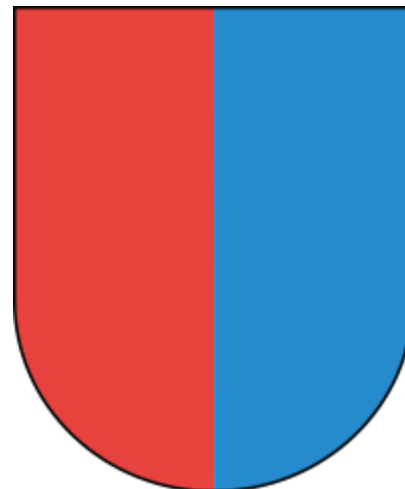
Si communication : seulement les informations nécessaires (proportionnalité)

Déroptions légales : une jurisprudence bienvenue

ATF 147 I 354 (18 mars 2021)

Loi de la santé tessinoise adaptée en ce sens que les professionnelles de la santé ont entre autres:

- **l'obligation** d'informer le **ministère public/médecin cantonal** de tout cas de **maladie, blessure ou décès** dont elles prennent connaissance dans le cadre de leur fonction ou profession et dont elles suspectent qu'il résulte d'une **infraction poursuivie d'office**
- Quatre médecins tessinois recourent contre l'acte normatif



Dérogations légales : une jurisprudence bienvenue

TF constate que :

- secret protège la **vie privée**, relation de confiance, mais aussi **intérêt public**
- dérogations ne doivent être admises que **de manière restrictive**
- dérogations seulement pour des situations **clairement définies, le moins incisives possibles** et ne doivent **pas vider le secret de sa substance**
- l'obligation de **signaler une infraction pénale n'est pas contraire au droit fédéral** (prérogative des cantons en matière de sécurité publique), même depuis l'entrée en vigueur du CPP



Dérogations légales : une jurisprudence bienvenue

En l'occurrence:

- Disposition légale pas limitée à des situations spécifiques et ne permet pas une pesée des intérêts par le législateur
 - Vide le secret médical de sa substance
 - Disposition légale propre à ébranler la relation de confiance entre médecin et patient/population
- TF annule la disposition obligeant les soignantes à signaler à l'autorité pénale toute suspicion de maladie ou de blessure liée à une infraction commise d'office

Exemple : signalement de la mise en danger de mineurs

Exemple: mise en danger de mineurs

Signalement à l'autorité de protection de l'enfant dans un but de protection et de prévention (révision du Code civil entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019):

- Obligations de signalement imposées à certaines personnes en contact régulier avec des mineurs, sous certaines conditions
- Personnes **soumises au secret professionnel « peuvent » (faculté) aviser l'autorité lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie** (art. 314c al. 2 CC); pas applicable aux auxiliaires...
- ... mais cantons peuvent **prévoir d'autres obligations de signaler** (art. 314d al. 3 CC)

Exemple: mise en danger de mineurs

Signalement à l'APE, les professionnels de la santé soumis à des règles disparates :

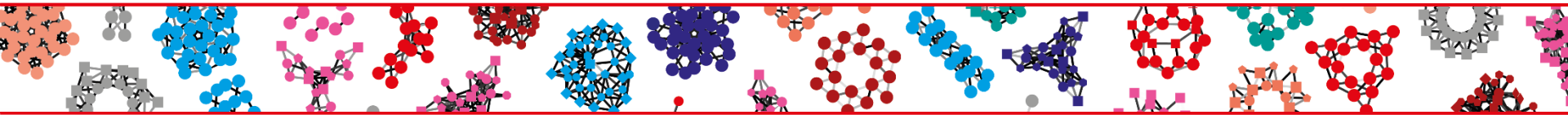
- **NE : faculté** de signalement (314c al. 2 CC)
- **VD : obligation** de signaler les situations d'un mineur semblant avoir besoin d'aide (art. 32 LVPAE)
- **GE : obligation** de saisir l'autorité de levée du secret professionnel en vue d'un signalement si développement du mineur est menacé (art. 34 LaCC)
- **JU : faculté** de signalement (314c al. 2 CC, faculté prévaut à notre avis sur l'obligation de signalement faite aux fonctionnaires et aux professionnels en contact régulier avec des enfants selon 13 Loi JU sur la politique de la jeunesse)
- **FR : faculté** de signalement (314c al. 2 CC; art. 1 OPEA)
- **VS : obligation** d'aviser supérieur ou à défaut APE pour professionnels en relation avec des enfants (art. 54 LJe); applicable aux soignants selon Service valaisan de la Santé Publique... mais suffisamment précis?

Motifs justificatifs du Code pénal

-  **Art. 17 3. Actes licites et culpabilité / État de nécessité licite**

État de nécessité licite

Quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants.



Questions choisies

Personnes décédées

Secret continue de déployer ses effets après la mort de la patiente (plus de plainte pénale, mais sanctions disciplinaires possibles)

Secret aussi opposable à l'encontre des héritières ou proches

Existence d'un consentement donné avant la mort? D'une dérogation légale justifiant la communication?

Pas d'application de 1 al. 7 OLPD (pas d'assise légale dans la LPD ni spécifique aux données couvertes par le secret médical)



Personnes décédées

Levée du secret professionnel par l'autorité sur demande de la soignante, seulement avec prudence (intérêt public au secret)...

Situations de blocage possibles... TF a reconnu par voie prétorienne (sur la base de 8 CEDH) un droit d'accès aux proches sous certaines conditions, notamment si:

- intérêt digne de protection vraisemblable (ex.: suspicion d'erreur médicale ayant conduit au décès de la patiente)
- pas de refus de la personne concernée de son vivant

Droit d'accès « aménagé », via l'intermédiaire d'une soignante (TF 1P.359/2001)

NB: disposition spécifique dans le projet de nLPD, mais évincé lors des travaux parlementaires (jugé que le Code civil réglait déjà suffisamment la question)

Sous-traitance de données médicales

Professionnelles de la santé peuvent recourir à des auxiliaires

Externalisation de l'hébergement de données ou recours à un service *cloud* plus étendu est:

- une pratique courante
- assure souvent une meilleure sécurité informatique, en particulier pour petites structures médicales avec moyens limités



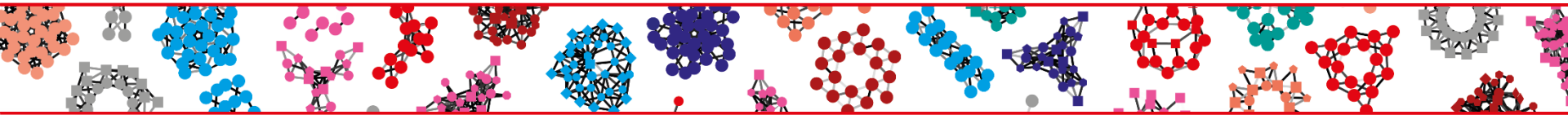
Sous-traitance de données médicales

Sous-traitants informatiques considérés comme des auxiliaires au sens de 321 CP

- Obligation de garder le secret

Selon opinion majoritaire, art. 321 CP ne s'oppose pas à la sous-traitance de données couvertes par le secret, mais...

- règles relatives à la sous-traitance imposées par lois sur la protection des données applicables (nécessité de conclure un contrat, prévoir garanties...)
- choix du sous-traitant
- interdiction de la sous-délégation (ATF 145 II 229 pour avocats par analogie)?
- sous-traitance seulement en Suisse?



Réflexions critiques

Disparités

Disparités d'ordre géographique
ou entre les professions de
soins...

- Mais compensé en partie par
le champ d'application
personnel élargi de 321 CP



Amenuisement

Amenuisement progressif de la protection du secret médical...

- Mais dérogations légales souvent sous forme de « facultés »
- Ethique des professionnelles de la santé



Complexité

Complexité due à l'articulation et aux concours de normes, dispositions parfois difficilement prévisibles, conformité avec le droit fédéral parfois discutable...

- En raison du système fédéral et du partage de compétences entre Confédération et cantons, harmonisation compliquée



Désuétude?

Augmentation du nombre d'acteurs et des communications, tendance à la transparence généralisée...

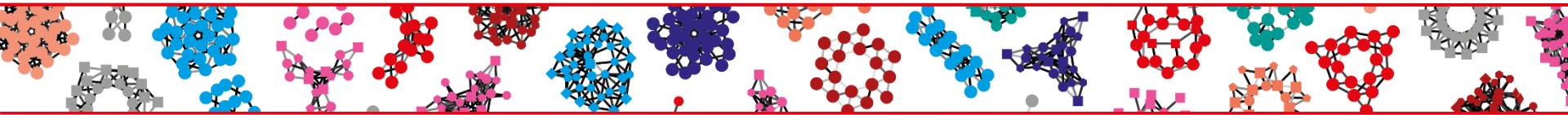
- Doit-on remettre en question le secret médical « classique » ?
- Comment concilier le secret médical avec les besoins pressants de réutilisation des données de santé (ex.: développement d'algorithmes). Exemple du *European Health Data Space* actuellement en consultation



Désuétude?

Les questions à se poser :

- quelle valeur donner à la relation de soins ?
- comment intégrer la confidentialité des données ou l'autonomie des patientes dans l'équation générale?
- peut-on développer et recourir à des technologies qui contribuent à mieux concilier les intérêts divergents (ex.: chiffrement homomorphique, données synthétiques)?



Conclusion

Conclusion

Le secret médical fait face à des défis nouveaux, notamment liés à l'évolution des technologies et de l'exercice des professions de soins

Pour de multiples raisons, l'accès aux données médicales se fait plus pressant aujourd'hui

Règles actuelles offrent de nombreuses possibilités de communiquer des informations couvertes par le secret

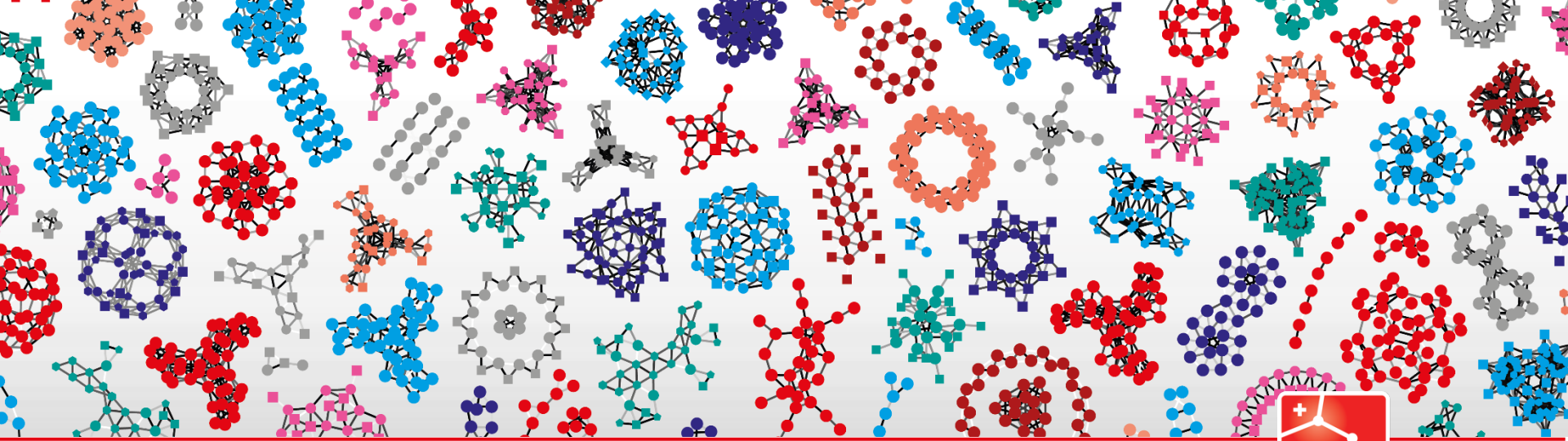
Les évolutions juridiques à venir doivent être dictées par la **clarté**, la **protection de la relation de soins** et la **confiance du public**

Les solutions doivent aussi être trouvées par le biais des nouvelles technologies

Thèse de doctorat sur le secret médical
(2021), accessible en *open access*:
<https://suigeneris-verlag.ch/buecher/015>



`_swissprivacy.law`



Swiss Institute of
Bioinformatics

Merci!

Dr. iur. Frédéric Erard, av.
Head Legal and Technology Transfer Office/Data Protection Officer
frederic.erard@sib.swiss