

Dupont/Guillod (éd.)

Réflexions romandes en droit de la santé



Cet ouvrage a été réalisé grâce au soutien de l'Institut
de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel
www.unine.ch/ids

Réflexions romandes en droit de la santé

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes
par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel
à l'occasion de son congrès annuel 2016

édités par

Anne-Sylvie Dupont et Olivier Guillod



Illustration de couverture: rendu en 3d de cellules nerveuses. © Sebastian Kaulitzki/Fotolia

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.dnb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

© 2016 Dike Verlag AG, Zurich/St-Gall

ISBN 978-3-03751-841-0

www.dike.ch

La destruction du dossier médical sur requête du patient sous l'angle du droit public

FRÉDÉRIC ERARD*/LAURA AMEY**

Table des matières

I.	Introduction	277
II.	Dossier médical, protection des données et destruction	278
III.	Droit constitutionnel à l'autodétermination informationnelle	279
IV.	Casuistique	280
V.	Examen des restrictions aux droits fondamentaux	282
	A. Base légale	282
	B. Intérêt public	286
	C. Proportionnalité	286
	D. Destruction du dossier médical traité illicitement par un organe cantonal	290
VI.	Conclusion	290

I. Introduction

Si le droit du patient de consulter son dossier médical et de s'en faire remettre des copies est aujourd'hui largement reconnu, le droit d'obtenir la destruction du dossier médical est quant à lui bien plus discuté. Les motivations du patient à obtenir une telle destruction peuvent être multiples : faire disparaître les traces d'un traitement lié à une maladie gênante ou stigmatisante (traitements psychiques, VIH, etc.), effacer les informations relatives à un traitement considéré comme injustifié par le patient, prévenir les risques liés aux nouvelles technologies (craintes croissantes des piratages informatiques), prévenir la découverte d'informations sensibles dans les établissements hospitaliers où le personnel est nombreux et l'accès aux informations aisé, ou simplement garder la mainmise sur des données personnelles sensibles. Différents intérêts entrent alors en jeu, à l'instar de la protection de la sphère privée, de la sécurité sanitaire ou encore de la préservation des preuves. A une époque où le stockage de données s'intensifie en raison du recours quasi systématique à l'informatique, la gestion des données personnelles est devenue une question centrale du

* Titulaire du brevet d'avocat, assistant-doctorant à la chaire de droit civil et de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel.

** Titulaire du brevet d'avocat, assistante-doctorante à la chaire de droit civil et de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel.

droit de la personnalité. Cela vaut à plus forte raison dans le domaine de la santé où les données traitées sont particulièrement sensibles.

Nous nous proposons d'étudier ici la destruction du dossier médical sur requête du patient lorsque le dossier est détenu par un établissement médico-hospitalier soumis au droit public cantonal. Nous examinerons brièvement les contours du droit à l'autodétermination informationnelle du patient et tenterons de déterminer si des restrictions à ce droit sont admissibles. La présente contribution est limitée aux relations thérapeutiques qui ont pris fin et traite uniquement de la « destruction » du dossier médical, sans entrer en détail sur les questions relatives à la remise du dossier au patient.

II. Dossier médical, protection des données et destruction

Le dossier médical est composé de toutes les données du patient concernant le traitement reçu. En principe, il contient les données administratives du patient, l'anamnèse, les résultats des examens cliniques et des analyses effectués, les formulaires de consentement, l'évaluation de la situation du patient ainsi que les soins proposés et ceux effectivement prodigués¹. Il peut se présenter sous forme matérielle (manuscrit ou impressions, radios, etc.) ou électronique.

Par destruction du dossier médical, il faut entendre l'élimination de toutes les données personnelles relatives au patient qui se trouvent en mains de l'établissement médico-hospitalier. La destruction exclut ainsi la sauvegarde de toute copie du dossier et comprend, le cas échéant, l'effacement de toutes les données informatiques concernées. La remise du dossier médical original au patient a un effet similaire à la destruction, dès lors qu'aucune copie n'est sauvegardée par l'établissement. L'anonymisation complète d'un dossier médical peut également être assimilée à une destruction si elle garantit l'impossibilité stricte de toute possibilité de réidentification du patient.

Pour autant que le dossier médical n'ait pas été strictement anonymisé, les informations qui le composent constituent des données personnelles sensibles au sens des

¹ Définition inspirée de l'article 53 de la Loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006 (LS-GE ; RS-GE K 1 03) ; pour une liste plus précise des éléments du dossier médical, voir également P. RAMER, *Datenschutz und Arztpraxis*, in : B. HÜRLIMANN/R. JACOBS/T. POLEDNA (édit.), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich 2001, p. 24.

réglementations sur la protection des données². Si le traitement de telles données est effectué par un organe de droit public cantonal ou assimilé comme tel, il tombe dans le champ d'application des lois cantonales sur la protection des données³. C'est en principe le cas pour les données traitées par les établissements médico-hospitaliers cantonaux. La loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁴ s'applique quant à elle aux traitements effectués par une personne privée ou par un organe fédéral⁵. La LPD et les législations cantonales imposent le respect de principes similaires en matière de protection des données, notamment le respect des principes de finalité, proportionnalité, bonne foi, exactitude des données, sécurité des données et transparence des données.

III. Droit constitutionnel à l'autodétermination informationnelle

L'article 13 al. 2 Cst.⁶ confère à toute personne « *le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent* ». De l'avis du Conseil fédéral et de la doctrine, la formulation de cette disposition est trop restrictive⁷. Elle ne protège pas uniquement le droit de se protéger contre l'« *emploi abusif* » de données personnelles, mais contre tout emploi contraire à la détermination de la personne relative au traitement de ses données⁸. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu, sur la base de l'article 13 al. 2 Cst., l'existence d'un droit constitutionnel à l'autodétermination informationnelle⁹. Celui-ci est également déduit du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 § 1 CEDH)¹⁰ et protège certaines composantes du droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)¹¹.

² Par exemple : art. 14 let. b Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE ; RS-NE 150.30).

³ Par exemple, art. 2 CPDT-JUNE ; art. 4 Loi bernoise sur la protection des données (LCPD ; RS-BE 152.04).

⁴ RS 235.1.

⁵ Art. 2 al. 1 LPD.

⁶ RS 101.

⁷ FF 2012 p. 255 s. ; A. FLÜCKIGER, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?, in : PJA 6/2013, p. 837, 847 et réf. citées ; P. MEIER, Protection des données, fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, p. 65.

⁸ A. FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 848 ; E. BELSER, in : E. BELSER/A. EPINEY/B. WALDMANN (édit.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Berne 2011, p. 376.

⁹ ATF 138 II 346, c. 8.2, JdT 2013 I 71.

¹⁰ RS 0.101 ; ATF 138 II 346, c. 8.2.

¹¹ P. MEIER, *op. cit.*, p. 66 ; E. BELSER, *op. cit.*, p. 378.

Matériellement, le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle confère à chacun un droit de maîtrise sur ses données personnelles, peu importe leur degré de sensibilité¹². Il permet ainsi à toute personne de déterminer elle-même si et dans quels buts des informations qui la concernent peuvent être traitées¹³. On en déduit une série de droits qui permettent de se défendre contre des atteintes illicites, parmi lesquels on compte le droit de s'opposer à un traitement de données, le droit de faire radier ses propres données ou le droit de faire rectifier des données inexacts¹⁴.

La conservation du dossier médical contre la volonté du patient empêche ce dernier de décider librement du sort des données traitées le concernant et porte par conséquent atteinte à son droit à l'autodétermination informationnelle et à sa liberté personnelle. Ces droits fondamentaux peuvent cependant faire l'objet de restrictions aux conditions classiques posées par l'article 36 Cst.¹⁵.

IV. Casuistique

Nous relatons ici trois affaires judiciaires liées à la problématique de la destruction du dossier médical sur requête de patients auprès d'établissements médico-hospitaliers soumis au droit public. A Genève et à Zoug, les juridictions ont nié aux patients le droit d'obtenir la destruction de leur dossier médical. Ce droit a cependant été reconnu dans le canton du Tessin.

A Genève¹⁶, la Cour de Justice a estimé que le droit cantonal sanitaire imposait aux professionnels de la santé un devoir de conservation du dossier médical aussi longtemps qu'il présentait un intérêt pour le patient, mais au moins pendant dix ans. Par ailleurs, le dossier médical émis par les HUG constituait surtout une archive publique au sens de législation cantonale sur l'archivage. Une fois le traitement terminé, le dossier médical acquérait par conséquent le statut d'« archive historique », empêchant ainsi toute destruction.

¹² ATF 138 II 346, c. 8.2.

¹³ ATF 129 I 232, c. 4.3.1 ; A. FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 851.

¹⁴ A. FLÜCKIGER, *op. cit.*, p. 852.

¹⁵ U. MAURER-LAMBROU/S. KUNZ, in : U. MAURER-LAMBROU/G. BLECHTA (édit.), *Basler Kommentar Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz*, 3ème éd., Bâle 2014, ad art. 1 N 19.

¹⁶ Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 11 juin 2013, ATA/357/2013.

A Zoug¹⁷, le Verwaltungsgericht a refusé la destruction du dossier médical d'un patient pris en charge dans une unité psychiatrique cantonale. En se référant principalement à la législation cantonale sur la protection des données, il a examiné si le dossier médical était encore nécessaire («*benötigt*»), en particulier s'il pouvait servir comme moyen de preuve dans le futur ou s'il devait être versé aux archives. Le Verwaltungsgericht a décrété que la conservation du dossier médical était notamment justifiée pour la facturation des prestations, l'examen d'une éventuelle responsabilité, la constitution de réserves dans les contrats d'assurances complémentaires, l'examen de la proportionnalité d'éventuelles mesures tutélaires ou encore l'examen des conditions d'efficacité, d'adéquation et d'économicité des prestations prises en charge par l'assurance obligatoire. Quant au versement du dossier médical dans les archives publiques, cette question n'était pas actuelle au jour du jugement. Le patient a recouru auprès du Tribunal fédéral en invoquant la violation des articles 10 et 13 al. 2 Cst. Le recours a été rejeté¹⁸. Motivant très succinctement son arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que le Verwaltungsgericht de Zoug avait suffisamment démontré que la conservation du dossier médical poursuivait un intérêt public et qu'elle était momentanément nécessaire.

A l'inverse, dans le canton du Tessin, la Commission cantonale pour la protection des données a, dans un arrêt de 2010¹⁹, accordé la destruction du dossier médical au patient d'une institution psychiatrique. Elle s'est en particulier fondée sur l'article 39 al. 3 de la loi tessinoise sur l'assistance socio-psychiatrique (LASP) qui autorise la destruction du dossier médical sur requête du patient dans des cas particuliers²⁰ et sur l'article 13 al. 2 Cst. Après examen du principe de proportionnalité et en l'absence de motifs particuliers d'intérêts publics, tels que par exemple l'existence d'une maladie infectieuse ou dangereuse pour la collectivité, d'un danger pour la sécurité publique ou d'un intérêt pour la recherche, ladite Commission a considéré que le droit du patient de décider du sort de ses données personnelles devait prévaloir sur l'exigence de conserver le dossier médical.

Les décisions de refus genevoise et zougoise nous paraissent critiquables, dans la mesure où elles ne prennent pas ou très peu en compte le droit à l'autodétermination informationnelle et à la liberté personnelle du patient. Il convient dès lors de

¹⁷ Arrêt du Verwaltungsgerichts du canton de Zoug du 28 décembre 2006, V 2006/119, publié au GVP 2007, p. 95.

¹⁸ TF 1P.49/2007 ; du 16 avril 2007.

¹⁹ Commission cantonale pour la protection des données du canton du Tessin, décision du 7 juin 2010, *Rivista ticinese di diritto* II-2011, 51, n° 10.

²⁰ Legge sull'assistenza sociopsichiatrica du canton du Tessin du 2 février 1999 (LASP-TI ; RS-TI 6.3.2.1).

déterminer dans quelle mesure ces droits fondamentaux peuvent être valablement restreints.

V. Examen des restrictions aux droits fondamentaux

Une atteinte au droit à l'autodétermination informationnelle et au droit à la liberté personnelle doit être justifiée par les conditions de légalité, d'intérêt public et de proportionnalité²¹. Ces principes sont concrétisés par les lois cantonales sur la protection des données.

A. Base légale

La grande majorité des législations cantonales sanitaires imposent aux soignants de tenir un dossier médical individuel pour chaque patient²². Cette obligation s'applique à l'ensemble des professions visées par les lois cantonales sanitaires, indépendamment de la nature de droit privé ou public de la relation thérapeutique. Le contenu des dispositions varie selon les cantons. Nous proposons ici d'en offrir un aperçu non exhaustif.

Les législations cantonales imposent fréquemment aux professionnels de la santé de tenir un dossier médical aussi longtemps qu'il présente un intérêt pour le patient, mais au moins pendant dix ans²³. Selon Pally Hofmann²⁴, ce délai correspon-

²¹ Art. 36 Cst.; B. WALDMANN/M. OECHSGER, in : E. BELSER/A. EPINEY/B. WALDMANN (édit.), *Datenschutzrecht*, Berne 2011, p. 768, 803.

²² En Suisse romande : art. 64 Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (LS-NE ; RS 800.1) ; art. 87 Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP-VD ; RS-VD 800.01) ; art. 52–58 LS-GE ; art. 28–30 Loi valaisanne sur la santé du 14 février 2008 (LS-VS ; RS-VS 800.1) ; art. 56–60 Loi fribourgeoise sur la santé du 16 novembre 1999 (LSan-FR ; RS-FR 821.0.1) ; art. 25 Ordonnance jurassienne concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire du 2 octobre 2007 (ci-après : « OProf/Med-JU » ; RS-JU 811.111) et art. 10 Ordonnance jurassienne concernant l'exercice des professions de la santé du 2 octobre 2007 (RS-JU 811.213) ; art. 26 Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP-BE ; RS-BE 811.01). Egalement en Suisse alémanique, notamment : § 13 Gesundheitsgesetz du canton de Zurich du 2 avril 2007 (GesG-ZH ; RS 810.1) et § 17–19 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich du 5 avril 2004 (RS-ZH 813.13) ; § 29 Gesundheitsgesetz du canton de Bâle-Ville (GesG-BS ; RS-BS 300.100).

²³ Art. 64 al. 2 LS-NE ; art. 57 al. 1 LS-GE ; art. 87 LSP-VD ; art. 59 LSan-FR ; art. 25 OProf/Med-JU ; art. 26 LSP-BE ; § 13 GesG-ZH ; § 29 GesG-BS.

²⁴ U. PALLY HOFMANN, *Wem gehört die Krankengeschichte?*, in : RSDS 2016, p. 93.

draît à la durée de prescription pour les litiges judiciaires, de telle sorte que l'ensemble de la documentation utile puisse être conservée en cas d'éventuel litige futur. En Valais, le dossier médical doit de surcroît être tenu aussi longtemps qu'il présente un intérêt pour la famille du patient²⁵. Certains cantons ont prévu, ou réservé pour des cas particuliers, des durées de conservation plus longues. Dans le canton de Berne par exemple, les dossiers de mineurs et ceux décrivant le déroulement de naissances doivent être conservés pendant vingt ans, alors que la tenue des dossiers qui portent sur des maladies dont les séquelles risquent de se manifester plusieurs années plus tard doit être prolongée en conséquence²⁶. Il faut réserver au même titre les prescriptions de droit fédéral qui imposent une durée de conservation plus longue. Ainsi, certaines données relatives à des opérations en lien avec le sang ou des opérations sanguines doivent être archivées pendant vingt ans (art. 39 et 40 LPT²⁷). Il en va de même pour les informations relatives aux opérations de transplantation (art. 34 et 35 Loi sur la transplantation²⁸).

Quelques cantons ont inscrit dans leur législation un délai au terme duquel le dossier médical doit être détruit. Dans le canton de Genève, le dossier est détruit après vingt au plus tard si aucun intérêt prépondérant pour la santé du patient ou pour la santé publique ne s'y oppose et si la réglementation sur les archives publiques ne prévoit pas un délai plus long²⁹. Le canton de Fribourg prévoit une réglementation similaire, mais réserve l'intérêt majeur pour la santé du patient ou de sa famille³⁰. D'autres cantons, à l'instar de Schaffhouse, prévoient la possibilité de demander la destruction du dossier médical lorsque le délai minimum de conservation prévu par le droit cantonal est échu³¹. Dans le canton du Tessin, l'article 39 al. 3 de la loi sur l'assistance socio-psychiatrique prévoit que, dans des cas particuliers, le Conseil psychosocial cantonal (CPSC) peut autoriser la destruction des données concernant un patient particulier si celui-ci dépose une requête motivée en ce sens. Il n'est alors

²⁵ Art. 28 al. 2 LS-VS.

²⁶ Art. 6 Ordonnance bernoise sur les patients et les professionnels de la santé du 23 octobre 2002 (OPat-BE ; RS-BE 811.011).

²⁷ RS 812.21.

²⁸ RS 810.21.

²⁹ Art. 57 al. 2 LS-GE ; le canton de Zurich réserve également l'éventualité d'un archivage public des dossiers médicaux des patients d'établissements publics, cf. § 18 a Patientinnen- und Patientengesetz du 5 avril 2004 (RS-ZH 813.13).

³⁰ Art. 59 al. 1 LSan-FR.

³¹ § 41 Verordnung zum Gesundheitsgesetz du canton de Schaffhouse du 26 février 2013 (GesV-SH ; RS-SH 810.102).

pas nécessaire que le délai minimum de conservation de 10 ans, prévu par l'article 67 al. 4 de la loi sanitaire³², soit échu.

La plupart des cantons romands règlent, partiellement au moins, la question de la remise du dossier médical au patient. Dans les cantons de Vaud, Neuchâtel, Fribourg et Valais, le patient peut en principe se faire remettre les pièces du dossier, en original ou en copie, ce droit ne s'étendant pas aux notes rédigées par le professionnel de la santé exclusivement pour son usage personnel, ni aux données concernant des tiers couvertes par le secret professionnel³³. Genève prévoit une réglementation similaire, mais ne précise pas que le dossier puisse être remis en original³⁴. Bon nombre de cantons ont par ailleurs réglé la question du sort du dossier en cas de cessation d'activité du soignant. Ainsi, dans les cantons de Genève, Vaud, Valais et Fribourg par exemple, le dossier médical est remis au patient lorsque le soignant cesse ou interrompt son activité³⁵.

La législation zurichoise sur les patientes et les patients d'établissements publics précise que les dossiers médicaux sont la propriété de l'institution³⁶.

La législation du canton de Berne est à notre connaissance la seule à offrir aux professionnels de la santé la faculté de se libérer de leur obligation de tenir une documentation moyennant un accord écrit du patient³⁷. Le professionnel peut alors remettre le dossier au patient ou le transmettre à un autre professionnel de la santé. La même loi précise cependant que cette faculté ne porte pas sur les notes personnelles du soignant ou sur les données qui concernent des tiers³⁸.

Selon nous, les obligations de tenir un dossier médical prévues par les lois cantonales sur la santé ont été dictées dans l'intérêt primaire du patient, et non du soignant. La grande majorité des lois cantonales prévoient d'ailleurs une durée de conservation du dossier médical de dix ans, voire plus longtemps « *si l'intérêt du patient l'exige* ». Par ailleurs, de nombreuses législations cantonales prévoient la remise du dossier médical au patient en cas de cessation d'activité du professionnel de la santé, sans préciser si une copie doit être conservée. Dans ces cas, le législateur

³² Legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario du canton du Tessin du 18 avril 1989 (Legge sanitaria ; RS-TI 6.1.1.1).

³³ Art. 24 LS-VD ; art. 26 LS-NE ; art. 29 LS-VS ; art. 60 LS-VS.

³⁴ Art. 55 LS-GE.

³⁵ Art. 58 LS-GE ; art. 13 Règlement vaudois sur l'exercice des professions de la santé du 26 janvier 2011 (REPS-VD ; RS-VD 811.01.1) ; art. 31 LS-VS ; art. 59 al. 1 LSan-FR.

³⁶ § 18 Patientinnen- und Patientengesetz du canton de Zurich.

³⁷ Art. 26 al. 4 LS-BE.

³⁸ Art. 39a al. 3 LS-BE.

n'entendait donc pas proscrire la remise du dossier médical en original ou imposer un devoir de sauvegarde d'une copie du dossier. Dans la majorité des législations cantonales, les prescriptions de conservation des dossiers médicaux doivent donc à notre sens être interprétées comme une obligation faite aux professionnels de la santé de tenir un dossier médical, pour autant que le patient n'en demande pas la restitution, respectivement la destruction³⁹. Ainsi, la seule prescription imposant au professionnel de la santé de conserver un dossier médical pendant dix ans, sans autre forme de précision, nous paraît peu à même de constituer une base légale suffisante pour fonder un refus de détruire le dossier médical, respectivement restreindre les droits à l'autodétermination informationnelle et à la liberté personnelle du patient.

Une disposition légale selon laquelle le dossier est propriété de l'institution (p. ex : Zurich) ne s'oppose pas non plus à sa destruction. En effet, la question à résoudre ici ne consiste pas à déterminer si le patient est ou non en droit de se faire remettre le dossier médical en original, mais bien plus de déterminer s'il peut exiger sa destruction. Sous l'angle de la protection des données, la titularité de la propriété du dossier est peu pertinente. Les données devront en effet être détruites si elles sont traitées de manière illicite, qu'elles soient propriété ou non de l'établissement médico-hospitalier.

Il en va autrement pour les dispositions de droit cantonal sanitaire qui prévoient explicitement la possibilité de requérir la destruction du dossier médical après un délai minimum de conservation (p. ex. : Schaffhouse⁴⁰). De telles bases légales sont énoncées avec suffisamment de précision pour fonder une conservation de dossier contre la volonté du patient. Tel est également le cas lorsque d'autres dispositions légales imposent un devoir de conservation explicite, à l'instar des législations sur les archives cantonales ou les prescriptions fédérales sur la conservation de données relatives aux opérations sanguines ou de transplantation. Pour l'ensemble de ces cas, il faut toutefois contrôler si l'atteinte est justifiée par un intérêt public et si elle respecte le principe de proportionnalité (cf. *infra* § 5.2 et 5.3).

³⁹ Nous nous rallions ici à la position défendue par le Préposé cantonal genevois à la protection des données, Recommandation du 10 octobre 2011 en l'affaire R. / HUG.

⁴⁰ § 41 GesV-SH.

B. Intérêt public

Une restriction au droit à l'autodétermination informationnelle doit être justifiée par un but d'intérêt public. La notion d'intérêt public est large et se rapporte à la légitimité de l'activité étatique. Eminemment politique, elle est rarement revue par les juridictions.

Sur la base des considérations développées par les juridictions tessinoise⁴¹, genevoise⁴² et zougoise⁴³, les éventuels intérêts publics propres à fonder la conservation d'un dossier médical contre la volonté d'un patient peuvent être synthétisés ainsi : documentation de l'activité étatique, préservation de preuves en prévision d'une éventuelle action en responsabilité, contrôle des coûts de la santé (facturation et contrôle des critères d'efficacité, adéquation et économie), utilité pour le prononcé futur d'éventuelles mesures tutélaires et utilité pour l'intégration de réserves dans les contrats d'assurances complémentaires. Peuvent également entrer dans cette liste la recherche scientifique et la protection de la santé publique, en particulier la prévention contre les maladies transmissibles et le suivi des opérations sanguines ou de transplantation.

Si la plupart des intérêts évoqués présentent un caractère public plus ou moins marqué, il faut d'emblée nier un quelconque intérêt public à la conservation du dossier médical en vue de l'inscription de réserves dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'assurance complémentaire (argument avancé par le Verwaltungsgericht de Zoug⁴⁴). Cette question relève en effet du droit privé et ne présente pas d'intérêt public suffisant.

C. Proportionnalité

Le principe de proportionnalité impose à celui qui traite des données personnelles de ne « *collecter et traiter que les données qui sont aptes, mais surtout objectivement nécessaires pour atteindre le but poursuivi, pour autant que le traitement demeure dans un rapport raisonnable entre le résultat (légitime) recherché et le moyen utilisé, tout en*

⁴¹ Commission cantonale pour la protection des données du canton du Tessin, décision du 7 juin 2010, Rivista ticinese di diritto II-2011, 51, n° 10.

⁴² Arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 11 juin 2013, ATA/357/2013.

⁴³ Arrêt du Verwaltungsgerichts du canton de Zoug du 28 décembre 2006, V 2006/119, publié au GVP 2007, p. 95.

⁴⁴ Arrêt du Verwaltungsgerichts du canton de Zoug du 28 décembre 2006, V 2006/119, publié au GVP 2007, p. 95, c. 4 a) aa).

préservant le plus possible les droits des personnes concernées »⁴⁵. Un traitement de données personnelles doit ainsi respecter les principes d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit⁴⁶. Si le traitement de données poursuit plusieurs buts, le respect du principe de proportionnalité doit être contrôlé pour chacun de ces buts⁴⁷. Le principe de proportionnalité a une importance particulière en cas de traitement de données par une autorité étatique, car les bases légales fondant un tel traitement sont souvent énoncées de manière très générale. Une stricte application du principe de proportionnalité est par conséquent nécessaire pour compenser le défaut de précision de ces normes⁴⁸.

Selon nous, une grande partie des arguments avancés par les juridictions genevoise et zougnoise ne sont pas conformes au principe de proportionnalité. Nous proposons de les classer ici par violation des sous-principes de proportionnalité :

- *Violation du principe d'aptitude.* La conservation du dossier médical par l'établissement médico-hospitalier postérieurement à la facturation et au remboursement des prestations par la caisse d'assurance-maladie ne présente plus d'utilité particulière. Il en va de même pour le contrôle des conditions d'efficacité, d'adéquation et d'économicité en vue du remboursement de prestations selon la LAMal. Suite à chaque remboursement de prestations, l'assurance-maladie conserve les données qui lui ont été transmises. Le bien-fondé des remboursements de prestations futures pourra être contrôlé sur la base des données en possession de la caisse maladie. Si des informations devaient cependant faire défaut en raison de la destruction du dossier médical, le patient devrait alors subir les conséquences d'un éventuel refus de remboursement.
- *Violation du principe de nécessité.* Si la conservation du dossier médical est absolument nécessaire pour des raisons liées à la recherche scientifique, le dossier peut être anonymisé de manière complète. Le principe de nécessité s'oppose par ailleurs à la conservation du dossier médical en vue du prononcé de futures mesures tutélaires. Si cela est nécessaire, l'autorité tutélaire doit en effet ordonner des expertises qui détermineront si une mesure tutélaire est nécessaire ou non.
- *Violation du principe de proportionnalité au sens étroit.* Les intérêts justifiant un archivage public « automatique » doivent céder le pas face à l'intérêt du patient à

⁴⁵ P. MEIER, *op. cit.*, p. 268–269 et réf. citées ; voir aussi : B. WALDMANN/M. OECHSGER, *op. cit.*, p. 811.

⁴⁶ J.-F. AUBERT/P. MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich, Bâle, Genève 2003, ad art. 36, N 16.

⁴⁷ P. MEIER, *op. cit.*, p. 269.

⁴⁸ B. WALDMANN/M. OECHSGER, *op. cit.*, p. 812.

maîtriser le sort des données relatives à sa santé. L'intérêt du patient surpasse en effet largement l'intérêt de l'Etat à documenter le fonctionnement de son activité en archivant des dossiers médicaux. Par ailleurs, les données relatives au caractère thérapeutique du traitement sont protégées par le secret médical (art. 321 CP) et leur accès est soumis à l'existence de motifs strictement définis. La conservation de la documentation de l'activité étatique en vue de contrôler le bon fonctionnement de l'administration ne constitue pas un tel motif. La « *publicisation* » des dossiers médicaux par voie d'archivage nous paraît dès lors porter une atteinte excessive aux droits fondamentaux des patients.

Du point de vue de la proportionnalité, seuls deux arguments paraissent en définitive être susceptibles de justifier la conservation du dossier médical contre la volonté du patient après la fin du traitement : la mise en danger de la santé publique et la conservation de preuves en vue d'un éventuel litige futur en responsabilité de la collectivité publique.

Les intérêts liés aux enjeux de santé publique doivent être suffisamment importants pour justifier la conservation du dossier. Tel est par exemple le cas pour le suivi des opérations sanguines et de transplantation⁴⁹. L'existence d'une maladie transmissible grave peut également justifier la conservation du dossier médical si les risques pour les tiers (en particulier pour le personnel médical amené à traiter le patient dans le futur) persistent alors même que le traitement a pris fin sur décision du patient. Le même raisonnement devrait s'appliquer pour les patients atteints de maladies psychiques s'il existe un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité de tiers. En dehors de ces cas, le droit à l'autodétermination informationnelle du patient devrait l'emporter.

La conservation du dossier médical en vue de se protéger contre une éventuelle action en responsabilité intentée par le patient est quant à elle problématique. Durant le traitement et après celui-ci, le patient a en effet le droit de se faire remettre des copies du dossier médical. Une destruction du dossier médical pourrait ainsi mettre l'établissement médico-hospitalier dans une position défavorable en cas de litige. Le Préposé fédéral à la protection des données propose d'écarter ce risque en faisant signer une décharge au patient selon laquelle ce dernier libérerait le soignant de son devoir légal et contractuel de conservation et renoncerait à toute prétention

⁴⁹ Art. 39–40 LPT ; art. 34–35 Loi sur la transplantation.

découlant de la relation établie dans le cadre du traitement⁵⁰. Ramer⁵¹ et Albertini⁵² préconisent cette solution.

La signature d'une décharge par le patient est pourtant peu efficace en pratique. Elle n'est pas problématique si le dommage qui pourrait donner lieu à l'action en responsabilité est connu du patient. Celui-ci renoncerait alors à faire valoir une prétention existante en procédant à une remise conventionnelle de dette (art. 115 CO). En vertu des renvois au droit privé fédéral opérés par les lois cantonales sur la responsabilité des collectivités publiques, les règles relatives à l'extinction des obligations et à l'exclusion de responsabilité s'appliquent en principe à titre supplétif.

La situation est différente pour les dommages qui ne sont pas encore connus du patient et qui se déclareraient dans le futur, avant l'échéance du délai de prescription absolu. Une renonciation à faire valoir de telles prétentions s'apparente alors à une convention exclusive de responsabilité au sens de l'article 100 al. 1 CO. Celle-ci s'étend en principe aussi à la responsabilité extracontractuelle⁵³, mais elle déploie des effets très limités en matière médicale. D'une part, elle permet au débiteur d'une obligation de se libérer par avance de sa responsabilité pour les fautes légères uniquement. D'autre part, la doctrine considère qu'une convention exclusive de responsabilité portant sur un dommage corporel n'est pas admissible en vertu de l'article 27 CC⁵⁴. La renonciation d'un patient à toute prétention découlant de la relation établie dans le cadre du traitement serait par conséquent dénuée d'effets si le patient, lorsqu'il l'a signée, n'avait pas connaissance du dommage. Une renonciation à agir devant les tribunaux en vue de faire valoir un dommage corporel futur serait à notre sens également contraire à l'article 27 CC. Elle empêcherait en effet le patient de faire valoir des droits auxquels il ne peut valablement renoncer à l'avance.

Lorsque le délai absolu de prescription (généralement de dix ans) n'est pas échu, l'intérêt à conserver le dossier médical en vue d'un éventuel litige en responsabilité peut difficilement être remplacé par une mesure moins incisive. L'examen de la proportionnalité au sens étroit nécessite alors une mise en balance entre l'intérêt du patient à maîtriser ses données et l'intérêt de l'établissement médico-hospitalier

⁵⁰ Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Guide relatif au traitement des données personnelles dans le domaine médical, juillet 2002, p. 26.

⁵¹ P. RAMER, *op. cit.*, p. 42.

⁵² M. ALBERTINI, *Cartella sanitaria : diritti individuali e protezione dei dati*, in : *Diritto senza devianza. Studi in onore di Marco Borghi per il suo 60esimo compleanno*, Bâle 2006, p. 64.

⁵³ CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 CO, N 11 ss.

⁵⁴ CR CO I-THÉVENOZ, art. 100 CO, N 12 et réf. citées.

à conserver le dossier médical comme moyen de preuve. Cette pesée d'intérêts ne peut pas être effectuée dans l'abstrait, mais doit être examinée au cas par cas, en prenant notamment en compte les risques d'une action en responsabilité future, les chances de succès de celle-ci et la gravité potentielle de l'atteinte. Dans ce cadre, il faut également prendre en considération le fardeau de la preuve en matière de responsabilité, qui repose principalement sur les épaules du patient, et non de la collectivité publique. Si l'intervention subie par le patient était légère (ou de courte durée pour un traitement psychiatrique) et si elle s'est déroulée plusieurs années avant la requête en destruction du dossier médical, on favorisera la destruction du dossier. A l'inverse, une intervention lourde et risquée, intervenue peu avant la requête en destruction du dossier, et dont les séquelles sont susceptibles de ressurgir dans le futur avec de réelles probabilités, plaidera en faveur de la conservation du dossier. Cette solution est certes peu satisfaisante, mais elle s'impose selon nous en raison de l'atteinte importante au droit à la liberté personnelle et à l'autodétermination informationnelle du patient causée par la conservation du dossier contre la volonté du patient.

D. Destruction du dossier médical traité illicitement par un organe cantonal

Si la conservation du dossier médical est illicite, le patient peut requérir sa destruction complète, y compris les notes du médecin. L'établissement médico-hospitalier est toutefois en droit de conserver une déclaration écrite du patient par laquelle ce dernier délie l'établissement de son obligation de conservation et reconnaît qu'il a ordonné la destruction de son dossier médical.

VI. Conclusion

La conservation du dossier médical contre la volonté du patient porte atteinte au droit à l'autodétermination informationnelle et à la liberté personnelle de ce dernier. Les restrictions à ces droits fondamentaux sont toutefois rarement justifiées dans ce contexte. A moins qu'elles ne règlent explicitement la destruction du dossier médical, les bases légales de droit sanitaire cantonal qui prescrivent uniquement la conservation du dossier médical ne devraient pas fonder un refus de destruction du dossier médical. Ces dispositions doivent en effet être interprétées en faveur de l'intérêt du patient, et non du soignant. Par ailleurs, la conservation à long terme d'un dossier médical fondée sur des arguments liés à l'archivage public, le contrôle

des coûts de la santé, la recherche scientifique ou l'utilité du dossier médical pour la conclusion d'un contrat d'assurance complémentaire contrevient généralement au principe de proportionnalité. Les seuls intérêts qui pourraient justifier la conservation à long terme d'un dossier médical contre la volonté du patient sont à notre sens la santé publique et la préservation de preuves en vue d'une éventuelle action en responsabilité. Dans ces deux hypothèses, il faut toutefois encore procéder, pour chaque cas concret, à une minutieuse pesée des intérêts en présence. La destruction doit être ordonnée chaque fois que l'intérêt du patient à maîtriser ses données personnelles prévaut.

En tout état de cause, le principe de proportionnalité impose la conservation des seules données strictement nécessaires pour atteindre le but d'intérêt public visé. Les données qui ne sont pas conservées sur la base d'une disposition légale suffisante ou dont le traitement ne respecte pas le principe de proportionnalité doivent être détruites si le patient le demande.

La situation légale actuelle est ainsi peu satisfaisante en l'état et il paraît souhaitable de mener un débat plus large sur la conservation des dossiers médicaux. Les réflexions ainsi menées devraient idéalement aboutir à une révision des dispositions légales concernées, de telle sorte à mieux préserver les droits fondamentaux des patients à l'autodétermination informationnelle et à la liberté personnelle.