

Frédéric Erard / Livio di Tria

Consentement aux traitements de données en cabinet médical

Ni libre, ni éclairé, ni nécessaire ?

Cet article explore la pratique des cabinets médicaux qui sollicitent auprès de leurs patients de larges consentements pour le traitement de leurs données médicales et administratives. Les auteurs démontrent que le consentement n'est pas la bonne voie à suivre, celui-ci n'étant ni libre, ni éclairé, et que le traitement de données repose généralement sur d'autres motifs justificatifs. En l'absence de consentement, les auteurs insistent sur l'importance du principe de transparence et du devoir d'informer, et proposent des conseils basés sur leur expérience pour guider les cabinets médicaux dans le respect de leurs obligations.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Protection des données

Proposition de citation : Frédéric Erard / Livio di Tria, Consentement aux traitements de données en cabinet médical, in : Jusletter 23 septembre 2024

Table des matières

1. Introduction
2. Le consentement : une justification (exigeante) parmi d'autres
 - 2.1. Traitements de données par des personnes privées : une logique fondée sur l'atteinte à la personnalité
 - 2.2. Les différents motifs justificatifs
 - 2.2.1. Consentement
 - 2.2.2. Justification par la loi
 - 2.2.3. Justification par un intérêt privé ou public prépondérant
 - 2.3. Constat intermédiaire : le consentement n'est pas l'outil adéquat
3. À défaut de consentement général, une information renforcée
 - 3.1. Transparence des traitements : un principe fondamental
 - 3.2. Devoir d'informer : rendre la transparence des traitements plus tangible et accessible
 - 3.3. Exceptions
 - 3.4. Conseils pratiques
4. Conclusion

1. Introduction

[1] La révision complète de la LPD, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023, a entraîné son lot de réformes. Dans le milieu des cabinets médicaux, cette évolution s'est en particulier manifestée par des changements de pratiques sous l'angle de la collecte de consentement pour les traitements de données personnelles. Sous l'impulsion de différentes faïtières professionnelles, de nombreux cabinets médicaux requièrent désormais des patients qu'ils consentent par écrit à ce que le cabinet médical traite leurs données médicales et administratives.

[2] Cette nouvelle pratique n'a pas manqué de susciter des interrogations du côté de la patientèle. Comme le met en lumière un reportage radiophonique de la RTS, le langage juridique parfois obscur employé dans de longs formulaires de consentement, ainsi que la portée du consentement donné, provoquent chez les patients un sentiment de confusion¹. Selon les différents formulaires que nous avons consultés, les patients doivent souvent accepter que leurs données puissent être communiquées à de nombreux destinataires, aussi bien de nature médicale que non médicale. Alors que les premiers peuvent viser des laboratoires, des hôpitaux, des thérapeutes, des professionnels et établissements de santé ou des pharmacies, les seconds sont parfois vaguement définis, à l'instar des sociétés de recouvrement, de prestataires de services administratifs, de fournisseurs de dispositifs médicaux ou de consultants externes.

[3] Dans son rapport annuel 2023, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) explique avoir été fréquemment sollicité par des patients interloqués². De son point de vue, cette situation n'est pas nécessairement problématique, en ce sens qu'elle permet d'informer les patients et de recueillir le consentement exprès des patients. Il souligne que « le patient est libre de signer ou non le formulaire. Il faut toutefois être conscient que le professionnel a besoin d'un consentement pour communiquer des données sur la santé à des tiers et qu'il a un intérêt compréhensible à disposer d'un document écrit, attestant également que l'information

¹ RTS, Protéger ses données médicales passe par un formulaire complexe, 29 janvier 2024 (<https://www.rts.ch/info/suisse/14663221-protoger-ses-donnees-medicales-passe-par-un-formulaire-complexe.html>, tous les sites web ont été consultés pour la dernière fois le 31 juillet 2024).

² PFPDT, 31^e Rapport d'activités 2023/24, Berne 2024, p. 40.

a été donnée. Aussi, un refus de signer ou la suppression de certaines clauses peut conduire le professionnel à refuser une prise en charge en raison de l'insécurité juridique dans laquelle il peut se retrouver »³.

[4] Cette évolution de pratique suscite un malaise palpable. L'exigence de la signature pour le consentement à la protection des données peut en effet être ressentie comme une forme d'entrave à l'accès aux soins. La situation devient encore plus épineuse lorsque le patient refuse de signer le formulaire de consentement, ou lorsqu'il retire un consentement préalablement donné. Le cabinet médical doit-il alors refuser de soigner le patient pour ce seul motif ?

[5] La présente contribution vise à clarifier le contexte légal applicable pour ce type de situations, à évaluer la validité et la nécessité du consentement des patients et à proposer de bonnes pratiques, en particulier du point de vue du devoir d'informer. Il est précisé que l'analyse porte uniquement sur les traitements de données effectués par les acteurs soumis à la Loi fédérale sur la protection des données⁴, en particulier les personnes privées (ex. : cabinets médicaux), et non les institutions de droit public cantonales (ex. : hôpitaux publics cantonaux). Les traitements de données effectués par ces derniers sont essentiellement soumis aux lois cantonales sur la protection des données.

2. Le consentement : une justification (exigeante) parmi d'autres

[6] Afin de voir si le recours aux formulaires de consentement aux traitements de données personnelles par les cabinets médicaux est critiquable d'un point de vue juridique, il convient d'esquisser brièvement le cadre légal en vigueur.

2.1. Traitements de données par des personnes privées : une logique fondée sur l'atteinte à la personnalité

[7] Les traitements de données personnelles effectués par les cabinets médicaux privés sont soumis à la LPD⁵. Il s'agit d'une loi générale, qui cède le pas à d'éventuelles dispositions légales spéciales, à l'instar de l'art. 321 CP qui réprime la violation du secret professionnel et renforce la protection des données collectées dans le contexte médical (*cf. infra* § 2.2).

[8] Contrairement au système adopté par le RGPD (art. 6 et 9), la LPD ne conditionne pas les traitements de données personnelles à l'existence d'un motif légal prévu par la loi. Les personnes privées sont donc en principe légitimées à traiter des données personnelles tant et aussi longtemps qu'elles ne portent pas d'atteinte illicite à la personnalité (art. 30 al. 1 LPD).

[9] Pour qu'une atteinte soit retenue, il faut que celle-ci atteigne une certaine intensité, élément qui doit être analysé au cas par cas⁶. L'art. 30 al. 2 LPD prévoit au demeurant une présomption irréfutable d'atteinte à la personnalité dans trois cas au moins :

³ PFPDT (note 2), pp. 40-41.

⁴ LPD; RS 235.1.

⁵ Art. 2 al. 1 let. a LPD.

⁶ JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY, art. 30, N 10 ss, in : Philippe Meier/Sylvain Métille (édit.), Loi fédérale sur la protection des données. Commentaire romand, Bâle 2023 (cité plus loin : CR LPD, AUTEUR.E, art., N).

- le traitement de données contrevient aux principes généraux énoncés par les art. 6 et 8 LPD ;
- le traitement de données est effectué contre la manifestation expresse de la volonté de la personne concernée ;
- des données personnelles sensibles sont communiquées à des tiers. Les données de santé, la sphère intime ou encore les données génétiques constituent de telles données sensibles (art. 5 let. c LPD).

[10] Parmi les principes généraux consacrés par la LPD figurent, entre autres, les principes de proportionnalité, de finalité, de bonne foi et de transparence. Selon le principe de proportionnalité⁷, le responsable du traitement doit se limiter à collecter et traiter les données qui sont aptes, mais aussi objectivement nécessaires pour atteindre le but visé. Ce principe exige par ailleurs un rapport raisonnable entre le résultat légitime recherché et le moyen utilisé⁸. Selon le principe de finalité⁹, le responsable du traitement ne peut traiter des données que pour des finalités déterminées et les traitements ultérieurs de ces données doivent être compatibles avec ces finalités. Le principe de bonne foi énoncé dans la LPD¹⁰ implique que, par principe, aucune donnée ne devrait être traitée à l'insu de la personne concernée ou contre sa volonté¹¹. Dans la même ligne, le principe de transparence¹² requiert que les collectes et les finalités d'un traitement de données soient reconnaissables pour la personne concernée¹³.

2.2. Les différents motifs justificatifs

[11] Le traitement de données causant une atteinte à la personnalité n'est pas irrémédiablement illicite. Le caractère illicite de l'atteinte peut être levé en présence d'un motif justificatif prévu par la LPD, tout en réservant l'application occasionnelle de règles plus strictes, notamment celles relatives aux communications d'informations couvertes par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. Reprenant la systématique générale des atteintes à la personnalité prévue par les art. 28 ss CC, l'art. 31 al. 1 LPD prévoit trois motifs justificatifs : le consentement de la personne concernée, un intérêt privé ou public prépondérant et la loi. Il convient de se pencher brièvement sur chacun d'entre eux, avec un accent mis sur le consentement.

⁷ Art. 6 al. 2 et 4 LPD.

⁸ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 28.

⁹ Art. 6 al. 3 LPD.

¹⁰ Art. 6 al. 2 LPD.

¹¹ SYLVAIN MÉTILLE, La (nouvelle) Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 : des principes, des droits et des obligations, in : Astrid Epiney/Sophie Moser/Sophia Rovelli, La révision de la Loi fédérale sur la protection des données, Zurich 2022, pp. 1 ss, 8.

¹² Art. 6 al. 3 LPD.

¹³ Cf. N 37 ss.

2.2.1. Consentement

[12] Le consentement peut être défini comme « l'expression de l'accord de la personne concernée à ce qu'un tiers porte une atteinte déterminée à sa personnalité »¹⁴. Lorsqu'il est donné pour justifier un traitement de données tombant sous le coup de la LPD, le consentement doit répondre aux exigences fixées par l'art. 6 al. 6 et 7 LPD. Par rapport à l'ancien texte de la LPD (art. 4 al. 5 aLPD), la LPD révisée a subi une légère reformulation rédactionnelle pour mieux l'aligner sur l'art. 5 par. 2 Convention 108+¹⁵. Cette reformulation n'a cependant pas entraîné de changement matériel, de telle sorte que les exigences posées au consentement sous l'ancienne LPD restent valables sous la LPD révisée¹⁶.

[13] En vertu de l'art. 6 al. 6 LPD, la personne concernée doit exprimer librement sa volonté concernant un ou plusieurs traitements déterminés et avoir été dûment informée. Le consentement doit par conséquent être libre et éclairé, un concept importé de la jurisprudence relative au droit médical¹⁷.

[14] Pour consentir de manière éclairée, la personne concernée doit disposer de toutes les informations qui lui permettront d'opérer un choix en toute connaissance de cause au vu des circonstances¹⁸. Le responsable du traitement est donc tenu de fournir une information claire, non trompeuse et compréhensible à la personne concernée¹⁹. L'information doit de plus être facilement accessible. La loi ne définit pas l'étendue de l'information, mais le Conseil fédéral part du principe qu'elle correspond au moins aux informations qui doivent être communiquées par le responsable du traitement en vertu de son devoir d'informer au sens de l'art. 19 LPD²⁰, et irait même « au-delà »²¹. L'information à donner dépend toutefois de l'ensemble des circonstances : il faut ainsi déterminer quelles collectes ou traitements de données la personne concernée peut ou doit présumer de bonne foi dans les circonstances concrètes²². En conséquence, le consentement ne peut pas être donné sans limitation quant aux finalités du traitement²³. Un consentement global portant sur des traitements indéterminés ou à des fins quelconques constituerait par ailleurs un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC²⁴. Le consentement peut néanmoins porter sur

¹⁴ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 75 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2010, N 826.

¹⁵ Conseil de l'Europe, Convention modernisée pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 18 mai 2018. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017 (FF 2017 6565), FF 2017 6565, 6647.

¹⁶ LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL REINLE, art. 6, N 279, in : Gabor P. Blechta/David Vasella (édit.), Datenschutzgesetz. Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2024 (cité plus loin : BSK DSG, AUTEUR.E, art., N) ; JULIEN FRANCEY, art. 6, N 131, in : Yaniv Benhamou/Bertil Cottier (édit.), Loi fédérale sur la protection des données. Petit commentaire, Bâle 2023 (cité plus loin : PC LPD, AUTEUR.E, art., N), DAVID ROSENTHAL, La nouvelle loi sur la protection des données, Jusletter 16 novembre 2020, N 30 ; CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 71.

¹⁷ MEIER (note 14), N 831 et 847 ss ; MÉTILLE (note 11), p. 42 ; BSK DSG (note 16), LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL REINLE, art. 6, N 287.

¹⁸ MEIER (note 14), N 860.

¹⁹ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 86.

²⁰ Cf. N 41 ss.

²¹ FF 2017 6565, 6670 ; BRUNO PASQUIER/ALESSANDRO SILACCI/MAURIZIO CAON, Protection des données : consentement, devoir d'informer et utilisation de pictogrammes, in : PJA 2021 pp. 889 ss, 893.

²² BSK DSG (note 16), LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL REINLE, art. 6, N 288.

²³ Arrêt du TAF du 19 mars 2019 A-3548/2018 c. 4.8.4.

²⁴ FRÉDÉRIC ERARD, Le secret médical. Étude des obligations de confidentialité des soignants, thèse, Zurich 2021, N 881 ss et références citées ; BSK DSG (note 16), CORRADO RAMPINI/REHANA HARASGAMA, art. 31, N 8.

plusieurs traitements identiques ou différents. Dans son message relatif à la révision totale de la LPD, le Conseil fédéral donne l'exemple d'un consentement lié à un traitement médical nécessitant des échanges entre les spécialistes et les services successifs, de même que le traitement à des fins de facturation ou de prise en charge par les assurances²⁵. Comme on le verra²⁶, on peut néanmoins se demander si le consentement est le moyen adéquat pour justifier ces différents types de traitement. De manière générale, plus les risques pour la personne concernée sont élevés, plus on doit se montrer exigeant sous l'angle de l'information adéquate²⁷.

[15] Pour être libre, le consentement ne doit pas avoir été obtenu par le biais d'un dol, d'une contrainte ou d'une erreur²⁸. Il ne doit pas non plus être donné sous l'effet d'une pression déraisonnable, directe ou indirecte, de la part du responsable du traitement ou d'un tiers²⁹. En droit suisse, le seul fait que la personne concernée subisse un désavantage du fait de son refus ne suffit pas en soi à conclure à une pression déraisonnable. En principe, le responsable du traitement peut donc conditionner l'utilisation d'un service à l'obtention du consentement dans la mesure où le traitement de données est nécessaire à l'exécution du contrat³⁰. Une pression déraisonnable doit néanmoins être retenue lorsque le désavantage subi par la personne concernée en cas de refus de consentement n'a aucun lien matériel avec le but du traitement envisagé, ou encore s'il est manifestement disproportionné³¹. Le caractère disproportionné de l'atteinte s'examine à la lumière des circonstances du cas d'espèce, en particulier du point de vue de l'existence d'un rapport de dépendance entre les parties. Il convient donc de se montrer particulièrement exigeant dans l'analyse de la liberté du consentement lorsque la relation juridique met en jeu une partie « faible », comme dans les rapports de travail ou de bail³². Le caractère libre du consentement n'est pas subordonné à l'existence d'une alternative au traitement de données. Toutefois, si une autre option existe, le responsable du traitement est tenu d'en informer activement la personne concernée³³.

[16] Par principe, le consentement n'est soumis à aucune exigence de forme et peut donc être donné par oral ou par écrit. En vertu de l'art. 6 al. 7 LPD, le consentement doit toutefois être « exprès » dans certains cas, soit lorsque le consentement porte sur un traitement de données sensibles (dont font partie les données de santé), un profilage à risque élevé effectué par une personne privée ou encore un profilage effectué par un organe fédéral. Le consentement exprès ne requiert pas pour autant la forme écrite. Selon le Conseil fédéral, « une déclaration de volonté est lorsqu'elle est formulée oralement, par écrit ou par un signe, et qu'elle découle directement

²⁵ FF 2017 6565, 6647.

²⁶ Cf. N 29 ss.

²⁷ BSK DSG (note 16), LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL REINLE, art. 6, N 288; ROSENTHAL (note 16), N 30.

²⁸ PC LPD (note 16), JULIEN FRANCEY, art. 6, N 161; TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht. Vorgaben einer völker- und verfassungsrechtlich konformen Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Einwilligung im schweizerischen Recht, Zurich 2017, N 295 ss.

²⁹ MÉTILLE (note 11), p. 42; PC LPD (note 16), JULIEN FRANCEY, art. 6, N 161.

³⁰ Arrêt du TAF du 19 mars 2019 A-3548/2018, c. 4.7; LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPP, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, Jusletter du 15 mars 2021, N 29 ss; BSK DSG (note 16), LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL REINLE, art. 6, N 311; CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 89; MEIER (note 14), N 853.

³¹ FASNACHT (note 28), N 274; CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 89.

³² CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 90; PC LPD (note 16), JULIEN FRANCEY, art. 6, N 168.

³³ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 90.

des mots employés ou du signe en question »³⁴. Même si un certain flou continue d’entourer le concept de consentement « exprès », il faut retenir qu’il implique d’indiquer clairement sa volonté, par opposition à un consentement implicite ou tacite, et nécessite que le contenu du traitement ainsi que sa portée aient été clairement décrits³⁵.

[17] Le consentement est révoquant en tout temps sans motif. Le retrait du consentement entraîne l’illicéité du traitement, les données étant alors traitées contre la manifestation expresse de la volonté de la personne concernée³⁶. Le cas échéant, le responsable du traitement doit se prévaloir d’un autre motif justificatif au sens de l’art. 31 LPD. La révocation du consentement ne déploie ses effets que pour le futur et n’a pas d’influence sur les traitements de données antérieurs³⁷.

[18] Le consentement constitue non seulement un des motifs justificatifs levant l’illicéité d’un traitement de données au sens de la LPD, mais permet aussi de lever le secret professionnel au sens de l’art. 321 CP en cas de communication d’informations couvertes par le secret à des tiers³⁸. Du point de vue de la forme, on peut se demander si le consentement à la levée du secret professionnel doit être « exprès » ou non. En effet, le caractère « exprès » est uniquement imposé par l’art. 6 al. 7 let. a LPD pour les traitements de données sensibles, mais non pour la levée du secret professionnel protégé par l’art. 321 CP (qui constitue une norme spéciale tout en étant plus ancienne)³⁹. Sans qu’il soit nécessaire de répondre à cette question, on peut retenir que la révision de la LPD n’a pas imposé de changement de pratique par rapport aux règles qui prévalaient par le passé. Le consentement à une communication de données ne peut pas être présumé, mais peut être donné par actes concluants. Ce qui importe est donc que la volonté de la personne soit clairement manifestée, ce qui peut se faire par oral, comme par le passé. Les situations qui mettent en jeu une communication de données couvertes par le secret professionnel sont relativement courantes en pratique (p. ex. : transfert du dossier d’un généraliste à un spécialiste). À des fins de preuve, il est recommandé d’inscrire une note au dossier médical lorsque le patient consent à une communication.

2.2.2. Justification par la loi

[19] Le caractère illicite d’une atteinte à la personnalité causée par un traitement de données personnelles peut aussi être levé par la loi (art. 31 al. 1 LPD). Dans ce cas de figure, le législateur a effectué une pesée des intérêts anticipée entre les intérêts de la personne concernée et les éventuels intérêts publics prépondérants justifiant des traitements de données, ce qui comprend d’éventuelles communications. La loi peut imposer, autoriser ou présupposer de manière implicite un traitement de données⁴⁰. À la lumière de la LPD, la base légale justifiant une atteinte peut

³⁴ FF 2017 6565, 6648.

³⁵ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 96.

³⁶ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 77.

³⁷ PC LPD (note 16), JULIEN FRANCEY, art. 6, N 189.

³⁸ Sur ce sujet, voir en particulier : ERARD (note 24), N 862 ss ; YVES DONZALLAZ, *Traité de droit médical*, vol. 2, Berne 2021, N 6653 ss.

³⁹ La doctrine s’est peu penchée sur cette question, voir toutefois à ce propos : ERARD (note 24), N 1259, pour qui le consentement au sens de l’art. 321 CP n’est soumis à aucune exigence de forme ; SABRINA BURGAT, *La télémédecine et le droit suisse*, thèse Neuchâtel, Bâle 2012, p. 233 ; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich 2008, art. 4 abs. 5, N 85, pour qui il n’est qu’il n’est pas possible de déterminer si le législateur avait souhaité prévoir dans la l’LPD une règle plus stricte que celle prévue par le droit pénal.

⁴⁰ ATAF 2008/16 du 26 février 2008, c. 7.2 ; PC LPD (note 16), TEO GENECAND, art. 31, N 16.

figurer dans une loi au sens formel ou matériel, de droit fédéral ou cantonal⁴¹. Les dispositions légales concernées, fréquentes en pratique, peuvent viser différents types de comportements⁴², par exemple une obligation de traitement⁴³, une obligation de conservation de données⁴⁴ ou encore une obligation d'annonce⁴⁵.

[20] En vertu de leur obligation renforcée de respecter le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP, les médecins et autres professionnels visés par cette disposition doivent néanmoins veiller à respecter les conditions qu'elle pose lorsqu'ils envisagent de communiquer des informations couvertes par le secret à des tiers. L'art. 321 ch. 3 CP limite la portée du secret professionnel en réservant « 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 ». Les dérogations légales au secret professionnel doivent, en vertu du caractère spécial de l'obligation de confidentialité, répondre à des conditions plus exigeantes que celles posées par la LPD pour justifier une atteinte. Les dispositions légales qui permettent de déroger au secret professionnel doivent énoncer expressément les professions auxquelles elles s'appliquent (p. ex. : « médecins »), être suffisamment délimitées et figurer dans une loi au sens formel⁴⁶.

[21] Les traitements de données qui interviennent dans le contexte médical sont encadrés par un nombre important de dispositions légales. Celles-ci encadrent, dans une grande variété de situations, aussi bien la collecte d'informations (tenue du dossier médical) que les communications d'informations à des tiers.

[22] L'obligation faite aux professionnels de la santé de tenir un dossier médical découle principalement des lois sanitaires cantonales⁴⁷. Dans le canton de Vaud, l'art. 87 de la Loi sur la santé publique⁴⁸ oblige par exemple les professionnels de la santé à tenir « pour chaque patient un dossier résumant leurs observations, les prestations fournies ou prescrites et, excepté pour les pharmaciens, l'évolution du cas » et à le conserver au moins pendant 10 ans dès la dernière consultation. L'art. 52 de la Loi sur la santé genevoise⁴⁹ prévoit une obligation similaire de tenue du dossier médical, avec une destruction du dossier médical après une durée de 20 ans, sous réserve d'exceptions. Selon l'art. 53 de cette même loi, le dossier médical « comprend toutes les pièces concernant le patient, notamment l'anamnèse, le résultat de l'examen clinique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux effectivement

41 ATAF 2008/16 du 26 février 2008, c. 7.2; PC LPD (note 16), Téo GENECAND, art. 31, N 16; CR LPD (note 6), JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY, art. 31, N 22; AGNÈS HERTIG PEA, La protection des données personnelles médicales est-elle efficace? Étude des moyens d'action en droit suisse, Bâle 2013, N 378.

42 Pour une liste plus complète avec des exemples, cf. BSK DSG (note 16), CORRADO RAMPINI/REHANA HARASGAMA, art. 31, N 75.

43 P. ex. : obligation d'examiner la capacité de contracter un crédit au sens de l'art. 28 ss LCC.

44 P. ex. : obligation de conserver des pièces comptables au sens de l'art. 958f CO.

45 P. ex. : obligation d'annoncer un crédit à la consommation au sens de l'art. 25 LCC.

46 ERARD (note 24), N 1025 s. et références citées. Certains auteurs minoritaires estiment qu'une disposition légale figurant dans un acte matériel suffirait : KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB : unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, thèse, Zurich 1993, p. 170; JULIAN MAUSBACH, Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht, thèse, Zurich 2010, p. 172.

47 P. ex. : art. 64 Loi de santé neuchâteloise (RS/NE 800.1). À noter qu'il s'agit aussi d'une obligation déontologique : l'art. 12 du Code de déontologie de la FMH prévoit par exemple que « dans l'exercice de sa profession, le médecin est tenu de prendre suffisamment de notes sur ses observations et les mesures qu'il a prises ».

48 BLV 800.1.

49 RS/GE K 1 03.

prodigués, avec l'indication de l'auteur et de la date de chaque inscription ». Dans le canton du Valais, les dossiers médicaux doivent quant à eux être conservés « aussi longtemps qu'ils présentent un intérêt pour la santé du patient ou de sa famille, mais au moins pendant 20 ans »⁵⁰. Dans les lois cantonales sanitaires, les sections dédiées à la tenue du dossier médical sont généralement complétées par diverses dispositions relatives aux modalités de tenue des dossiers médicaux (p. ex. le dossier informatisé), à leur consultation par les patients ou des tiers⁵¹ ou à leur sort en cas de cessation d'activité du praticien.

[23] Les communications de données couvertes par le secret professionnel à des tiers sont quant à elles encadrées par de nombreuses dispositions légales de droit fédéral ou cantonal et s'inscrivent dans des contextes variés. Il peut s'agir de véritables devoirs de signaler ou de simples « facultés ». Dans ce dernier cas, il revient au professionnel de la santé d'évaluer l'opportunité de procéder à la communication sur la base de l'ensemble des circonstances et des biens en jeu, étant entendu qu'il devrait d'abord tenter d'obtenir le consentement du patient dans le cas particulier (permettant ainsi éviter de rompre le lien de confiance).

[24] Comme il serait illusoire de dresser ici une liste exhaustive des dérogations légales au secret professionnel (médical) dispersées en nombre à travers le droit fédéral et cantonal, seuls quelques exemples sont évoqués ci-dessous, tout en soulignant que l'étendue et la forme des informations à communiquer varient selon la dérogation légale applicable et qu'un examen au cas par cas est toujours nécessaire⁵² :

- Obligations de déclarer certaines maladies transmissibles conformément à l'art. 12 de la Loi fédérale sur les épidémies (LEp)⁵³, et plus précisément l'Ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme (ODMT)⁵⁴.
- Annonce à Swissmedic d'effets indésirables graves ou inconnus en lien avec la remise de produits thérapeutiques, conformément à l'art. 59 al. 3 de la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LPTh).
- Selon les lois cantonales sanitaires applicables, obligations d'annoncer des événements mettant en danger la santé publique, comme les cas d'intoxication alimentaire ou les atteintes causées par des radiations ionisantes⁵⁵.
- Obligations de déclarer des informations liées aux maladies oncologiques aux registres cantonaux des tumeurs, conformément à l'art. 3 de la Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO)⁵⁶.

⁵⁰ Art. 32 al. 2 Loi sur la santé valaisanne (RS/VS 800.1).

⁵¹ Pour l'encadrement légal du droit d'accès par les proches d'un patient décédé, voir par exemple l'art. 55A de la Loi sur la santé genevoise. Sur cette thématique : ERARD (note 24), N 1376.

⁵² Pour un panorama détaillé, voir en particulier : ERARD (note 24), N 1376 ; DONZALLAZ (note 38), N 6750 ss.

⁵³ RS 818.101.

⁵⁴ RS 818.101.126.

⁵⁵ Voir l'exemple de l'art. 98 de la Loi vaudoise sur la santé publique.

⁵⁶ RS 818.33.

- Selon le droit cantonal applicable, facultés de signaler des soupçons d'infractions pénales aux autorités de poursuite pénale, généralement en lien avec des crimes ou délits contre la vie, l'intégrité physique, psychique et sexuelle, ou la santé publique⁵⁷.
- Faculté offerte aux médecins de signaler aux autorités administratives ou à l'autorité de surveillance des médecins qu'une personne n'est pas apte à conduire un véhicule automobile en toute sécurité, en raison d'une maladie physique ou mentale ou d'une infirmité, ou pour cause de dépendance, conformément à l'art. 15d al. 3 de la Loi fédérale sur la circulation routière (LCR)⁵⁸.
- Signalement des mineurs ayant besoin d'aide, conformément à l'art. 314c CC : le droit fédéral prévoit en effet que les personnes soumises au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP ont une faculté de signalement à l'autorité de protection de l'enfant, mais les cantons peuvent prévoir des obligations de signaler (art. 314c al. 2 et art. 314d al. 3 CC). Le droit vaudois prévoit par exemple que les professionnels de la santé ont l'obligation de signaler les situations de mineurs semblant avoir besoin d'aide à l'autorité de protection et au service en charge de la protection des mineurs⁵⁹.
- Selon le droit cantonal applicable, les professionnels de la santé peuvent être tenus de signaler le cas de maltraitance ou de soins dangereux émanant d'autres professionnels de la santé⁶⁰.
- Les lois fédérales relatives aux assurances sociales servent de base à de nombreuses communications d'informations couvertes par le secret professionnel, notamment à des fins de facturation (p. ex. : art. 42 al. 3 LAMal⁶¹) ou de détection précoce (p. ex. : art. 3 b LAI⁶²).
- Dans le contexte des procédures judiciaires, la portée du secret professionnel peut être limitée. En procédure pénale, les médecins sont typiquement tenus de témoigner sur les faits pour lesquels ils sont soumis à une (véritable) obligation légale de dénoncer⁶³ (p. ex. les cas de mort suspecte)⁶⁴.

2.2.3. Justification par un intérêt privé ou public prépondérant

[25] En plus du consentement et de la loi, la LPD prévoit que l'illicéité d'un traitement de données peut aussi être levée par un intérêt privé ou public prépondérant. L'intérêt privé est en principe celui du responsable du traitement, mais, dans des cas moins fréquents, il peut aussi être celui de la personne concernée ou celui d'un tiers. À cet égard, la doctrine évoque parfois l'intérêt

⁵⁷ Dans un arrêt important, le Tribunal fédéral a rappelé que les cantons devaient veiller à ne pas vider le secret médical de son sens en imposant des obligations de signalement d'infractions pénales énoncées de manière trop large : ATF 147 I 354.

⁵⁸ RS 741.01. Sur le caractère facultatif de l'annonce, cf. Arrêt du TF 6B_924/2009 du 18 mars 2010, c. 2.6.5.

⁵⁹ Art. 32 Loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant (LVP AE), BLV 211.255. Au sujet des signalements autorisés ou imposés par la loi, notamment par le droit cantonal, dans le domaine du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant, voir le panorama législatif suivant, en soulignant que certaines dispositions mentionnées ne sont plus à jour : COPMA, Aide-mémoire. Droit et obligation d'aviser l'APEA selon les art. 314c, 314 d, 443 et 453 CC, mars 2019, en particulier son annexe 2.

⁶⁰ Voir p. ex. art. 80a al. 1 de la Loi vaudoise sur la santé publique.

⁶¹ RS 832.10.

⁶² RS 831.20.

⁶³ Art. 171 al. 2 du Code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0).

⁶⁴ Art. 253 al. 4 CPP.

du patient au traitement des données sur son compte, afin de préserver ses intérêts vitaux en l'absence d'autres motifs justificatifs⁶⁵. Dans le domaine médical également, le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé avant l'entrée en vigueur de la LPD originelle qu'en cas de cessation d'activité d'un cabinet médical pour cause de décès, les patients avaient un intérêt légitime à ce que le médecin reprenneur du cabinet accède à leurs données⁶⁶. La doctrine estime néanmoins qu'en raison de l'obligation d'observer le secret professionnel, cet accès devrait se limiter aux seules données administratives permettant de recontacter les personnes concernées⁶⁷. Le cas échéant, on appliquera les dispositions légales relatives à la reprise des cabinets médicaux, si ces dernières existent dans le droit cantonal. Quant à l'intérêt public, il existe si l'atteinte est destinée à procurer un avantage à la collectivité. Il est cependant assez rarement invoqué en tant que tel puisqu'il est généralement concrétisé par une disposition légale ou intervient en appui d'un intérêt privé prépondérant⁶⁸.

[26] La seule existence d'un intérêt public ou privé n'est pas en soi suffisante pour lever l'illicéité d'une atteinte. Il faut encore que l'intérêt avancé soit « prépondérant ». Pour ce faire, il convient d'évaluer sur l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Si l'on conclut qu'il existe aussi bien un intérêt privé ou public à traiter les données qu'un intérêt de la personne concernée à ce que ses données ne soient pas traitées, il faut procéder à une pesée des intérêts. L'intérêt privé ou public est prépondérant s'il surpasse (et non égale) l'intérêt de la personne à ne pas subir d'atteinte⁶⁹.

[27] Le législateur a inscrit à l'art. 31 al. 2 LPD une liste non exhaustive de situations dans lesquelles un intérêt privé prépondérant entre en considération, sans toutefois leur conférer un caractère absolu⁷⁰. Parmi ceux-ci figure le traitement en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant (art. 31 al. 2 let. a LPD). La portée de ce motif s'étend aussi bien à la phase précontractuelle que pendant la durée du contrat et vise dans son essence tout traitement de données qui a pour finalité la conclusion ou l'exécution du contrat⁷¹. Dans le contexte d'une relation médicale, le motif justificatif relatif à l'exécution du contrat porte sur les informations importantes permettant de procéder à la consultation médicale, à l'image des antécédents médicaux, mais uniquement s'ils sont pertinents pour choisir le traitement et en évaluer les risques. Selon GENECAND, les données relatives à la solvabilité d'un patient ne présentent un lien avec la conclusion du contrat qu'à la condition que la prestation ne soit pas prise en charge par l'assurance et, inversement, les données relatives à l'assurance n'ont un lien avec l'exécution du contrat que si la prestation est prise en charge par l'assurance⁷².

[28] Si l'intérêt prépondérant au sens de l'art. 31 LPD peut en soi justifier des communications à des tiers⁷³, il faut aussi tenir compte des règles relatives au secret professionnel imposé par l'art. 321 CP. En tant que règle spéciale, cette dernière disposition prévaut sur la LPD dans la mesure de son champ d'application, soit essentiellement la communication d'informations cou-

⁶⁵ P. ex : CR LPD (note 6), JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY, art. 31, N 25 ; MEIER (note 14), N 1621.

⁶⁶ ATF 119 II 222 c. 2b, JdT 1994 I 598.

⁶⁷ MEIER (note 14), N 1626 ; ERARD (note 24), N 998.

⁶⁸ ERARD (note 24), N 1001.

⁶⁹ ERARD (note 24), N 998.

⁷⁰ CR LPD (note 6), JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY, art. 31, N 30.

⁷¹ PC LPD (note 16), Téo GENECAND, art. 31, N 34.

⁷² PC LPD (note 16), Téo GENECAND, art. 31, N 47.

⁷³ CR LPD (note 6), JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY, art. 31, N 38.

vertes par le secret professionnel à des tiers⁷⁴. De telles communications doivent ainsi respecter les conditions posées par l'art. 321 ch. 2 et 3 CP. Or, l'art. 321 CP ne permet pas de justifier une communication de données à un tiers sur la seule base de l'existence d'un intérêt prépondérant privé ou public, mais conditionne un tel transfert à l'autorisation de l'autorité cantonale compétente pour lever le secret professionnel (en parallèle du consentement et des dérogations légales au secret professionnel). Une fois saisie, en principe seulement par le professionnel concerné, c'est à cette autorité qu'il revient de procéder à une pesée des intérêts. Elle ne doit lever le secret qu'en présence d'un intérêt public ou privé supérieur⁷⁵.

2.3. Constat intermédiaire : le consentement n'est pas l'outil adéquat

[29] En synthèse, concernant les traitements de données personnelles réalisés par des personnes privées, la LPD repose sur une logique d'atteintes à la personnalité. Leur illicéité peut non seulement être levée par le consentement de la personne concernée, mais aussi par la loi ou l'existence d'intérêts privés ou publics prépondérants. Dans le domaine médical, on réservera de surcroît les règles relatives au secret professionnel (art. 321 CP) qui renforcent les conditions auxquelles des informations couvertes par ce dernier peuvent être communiquées à des tiers. De telles communications ne sont admissibles qu'avec le consentement de la personne concernée, avec l'autorisation de l'autorité de levée du secret professionnel compétente ou sur la base d'une disposition légale figurant dans une loi cantonale ou fédérale au sens formel.

[30] Selon l'opinion soutenue ici, les formulaires de consentement énoncés de manière large, tels qu'ils se sont répandus dans les cabinets médicaux depuis la révision de la LPD, ne sont pas des instruments adéquats pour lever l'illicéité des atteintes causées par les traitements de données effectués dans le contexte médical. Ils sont en effet problématiques à plusieurs égards.

[31] Ces formulaires sont tout d'abord critiquables du point de vue de la liberté du consentement. Plus encore que le travailleur ou le locataire, le patient qui est atteint dans sa santé et qui cherche des soins nécessaires se trouve dans une position de vulnérabilité. Il faut donc lui reconnaître le statut de partie faible dans la relation qui le lie avec le corps médical, ceci d'autant plus en situation de pénurie d'offres de soins, par exemple dans les régions en manque de médecins généralistes ou de pédiatres (déserts médicaux). Le patient qui renonce aux services d'un professionnel de la santé s'expose en effet à de longs délais d'attente liés au changement de fournisseur de soins. En confrontant le patient à un formulaire de consentement en matière de protection des données, celui-ci est donc généralement contraint d'accepter en bloc les conditions de traitement de données. Si la pratique du couplage n'est pas en soi interdite en droit suisse, encore faut-il que l'atteinte subie ne soit pas disproportionnée. Néanmoins, dans le contexte d'une relation médicale, tout laisse à penser que l'atteinte subie par le patient qui refuserait de signer un consentement énoncé de manière large serait disproportionnée puisqu'elle priverait celui-ci de soins nécessaires. Par ailleurs, on ne manquera pas de souligner que les conditions auxquelles les consentements aux traitements de données sont soumis aux patients laissent souvent à désirer en termes de liberté du consentement. L'inconfort ou l'anxiété qui se manifestent fréquemment lors d'un premier rendez-vous dans un cabinet médical et l'exigence de signer un long formu-

⁷⁴ ERARD (note 24), N 1258 ss.

⁷⁵ Sur la procédure de levée du secret professionnel (médical) : ERARD (note 24), N 940.

laire écrit en jargon juridique, dans la salle d'attente et souvent sans grandes explications, sont difficilement compatibles avec le processus qui devrait précéder tout choix réfléchi.

[32] Les formulaires de consentement présentés aux patients en début de relation sont par ailleurs souvent discutables du point de vue du caractère éclairé du consentement. Il est en effet souvent demandé aux patients de consentir à ce que les informations médicales puissent être communiquées à l'égard de nombreux destinataires. Or, au début de la relation médicale et avant la pose d'un diagnostic, les patients ne sont généralement pas en mesure de savoir quelles informations seront découvertes sur leur état de santé (p. ex. une maladie) ni à qui elles devraient être communiquées, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas envisager à l'avance les conséquences de telles communications. Cet obstacle gagne encore en pertinence lorsque la relation thérapeutique s'inscrit sur le long terme, comme c'est souvent le cas avec les médecins généralistes. Par ailleurs, eu égard au contexte, il convient de se montrer particulièrement exigeant sur le caractère éclairé du consentement lorsque celui-ci est destiné à lever le secret professionnel. Dans une affaire relative à la levée du secret professionnel de l'avocat, qui repose lui aussi sur l'art. 321 CP, le Tribunal fédéral a par exemple jugé qu'une levée anticipée du secret professionnel en vue d'un litige ultérieur sur les honoraires, inscrite dans le contrat de mandat conclu en début de relation, était en principe inadmissible puisque le client n'était pas en mesure de mesurer l'impact de la levée du secret professionnel sur sa propre sphère juridique⁷⁶. Ce raisonnement est à notre sens transposable dans le domaine médical.

[33] Le principe même du consentement est enfin critiquable du point de vue du besoin d'y recourir. En effet, comme on l'a constaté, les traitements de données médicales sont encadrés par une forte densité de normes. Ces dernières imposent non seulement aux cabinets médicaux de tenir un dossier médical pour chaque patient selon des modalités définies, mais elles obligent ou autorisent aussi de nombreuses communications à des tiers dans des situations diverses et variées. De plus, en tant que responsable du traitement, le cabinet médical peut en principe aussi s'appuyer sur son intérêt privé prépondérant pour collecter et traiter des données personnelles, notamment les données nécessaires à l'exécution du contrat (p. ex. : données médicales ou administratives nécessaires pour traiter le patient). Il faut par conséquent reconnaître que, dans le contexte de la relation médicale, la véritable portée du consentement du patient en matière de protection des données est pour le moins réduite. À défaut de consentement ou de retrait de ce dernier, le cabinet médical pourra en effet généralement s'appuyer sur un autre motif justificatif pour traiter les données concernées. Il sera même souvent tenu de le faire pour respecter ses obligations légales, notamment celles liées à la tenue du dossier médical. Dans ce dernier cas de figure, la poursuite des traitements de données contre le consentement du patient pourrait faire naître chez ce dernier un sentiment de trahison et porter atteinte au lien de confiance thérapeutique. Ainsi, de manière paradoxale, le consentement censé consacrer l'autodétermination du patient s'apparente bien plus à une promesse souvent difficile ou impossible à honorer, à moins de renoncer à soigner les patients dès le départ.

[34] Pour autant, il n'est pas question d'écarter purement et simplement le consentement lorsque des données médicales sont en jeu, loin de là. Comme c'est le cas depuis des décennies, le consen-

⁷⁶ Arrêt du TF (destiné à la publication) 2C_257/2023 du 5 avril 2024, résumé ici : ANDRÉ LOPES VILAR DE OURO, La levée anticipée du secret professionnel de l'avocat en vue du recouvrement d'honoraires, in : www.lawinside.ch. La clause contractuelle était énoncée ainsi : « Für die Geltendmachung oder die Abwehr von Ansprüchen aus diesem Auftragsverhältnis ist der Beauftragte vom Berufsgeheimnis befreit, soweit dies zur Durchsetzung seiner Ansprüche notwendig ist. »

tement continue de jouer un rôle central pour lever le secret professionnel lorsqu'un professionnel de la santé envisage de communiquer des informations couvertes par le secret à un tiers. Il doit même commencer par s'efforcer à rechercher ce consentement, puisque ce dernier permet de préserver le lien de confiance avec le patient. Néanmoins, à la différence des formulaires de consentement « généraux » soumis aux patients en début de relation, le consentement à la levée du secret professionnel doit se faire dans une situation concrète, de telle manière à ce que le patient puisse évaluer de manière correcte les conséquences de la communication sur sa sphère privée. C'est à cette seule condition que le consentement peut être donné de manière « libre » et « éclairée ».

[35] Certaines questions bien délimitées en lien avec la protection des données restent par ailleurs admissibles en début de relation. On pense notamment à l'autorisation de contacter un proche défini en cas d'urgence ou à la confirmation selon laquelle le patient valide certains moyens de communication (p. ex. : autorisation d'envoyer des informations de nature médicale sur une boîte mail non sécurisée), ce qui se fait déjà couramment depuis longtemps. Ces questions, dont le nombre devrait rester limité, se caractérisent par leur nécessité d'être clarifiées dès le début de la relation médicale.

3. À défaut de consentement général, une information renforcée

[36] Si les larges formulaires de consentement ne sont pas indiqués en début de relation médicale, cela ne signifie pas pour autant que les cabinets médicaux, en leur qualité de responsable du traitement, sont exemptés de toute obligation en matière de protection des données. Afin d'assurer la transparence des traitements, le devoir d'informer revêt une importance particulière et implique d'informer correctement les patients. En pratique, ce devoir est toutefois délicat à mettre en œuvre dans la mesure où il demande une réflexion approfondie de la part du cabinet médical sur la manière dont il traite les données.

3.1. Transparence des traitements : un principe fondamental

[37] Le principe de transparence est l'un des principes les plus importants sous l'angle du droit de la protection des données. Lors de la révision totale de la LPD, le législateur a explicitement souhaité renforcer ce principe, l'un des objectifs principaux de cette révision étant d'améliorer la transparence des traitements⁷⁷.

[38] De manière générale, le principe de transparence implique que la collecte de données personnelles et les finalités du traitement doivent être reconnaissables pour la personne concernée⁷⁸. Le caractère reconnaissable de la collecte et des finalités doit être évalué en fonction des circonstances spécifiques de chaque cas et sur la base de différents critères, à l'instar de la durée du traitement, du type de données traitées, des moyens mis en œuvre ou du niveau de connaissance

⁷⁷ FF 2017 6565, 6567 et 6668.

⁷⁸ Art. 6 al. 3 LPD. La nouvelle formulation de l'art. 6 al. 3 LPD est malheureuse dans la mesure où elle prévoit que seules les finalités du traitement doivent être reconnaissables. La doctrine s'accorde toutefois à dire que la modification du texte de la loi à l'occasion de la révision totale de la LPD n'a pas de conséquence matérielle et que le principe de transparence implique également que la collecte de données doit être reconnaissable. Cf. CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 40 ss et références citées.

de la personne concernée⁷⁹. Le principe de transparence implique également que les conditions-cadres du traitement soient reconnaissables, à l'instar de l'identité du responsable du traitement ou les catégories de destinataires si une communication est envisagée⁸⁰.

[39] Il faut voir dans le principe de transparence un conciliateur entre les intérêts de la personne concernée, du responsable du traitement et de la collectivité en général. Pour le responsable du traitement, la transparence renforce la confiance avec les personnes concernées, créant ainsi une relation plus solide et fiable. La transparence implique toutefois un grand travail de la part du responsable du traitement, qui doit en premier lieu bien comprendre ses propres pratiques de traitement⁸¹. Pour la personne concernée, la transparence est tout aussi fondamentale, car elle lui permet de comprendre comment ses données sont utilisées, de protéger ses droits et, si nécessaire, de renoncer à un service. Dans le domaine de la santé, il est cependant difficilement envisageable qu'une personne renonce à une prestation médicale, étant donné l'importance des soins dans la vie de chacun. Il est donc crucial de faire de la transparence un point central, surtout en raison du rapport déséquilibré entre le patient et le professionnel de santé.

[40] Le principe de transparence peut être, en soi, difficilement compréhensible. Sa nature relativement abstraite rend souvent complexe la compréhension de ses implications. Ce principe prend une forme pratique à travers l'obligation du devoir d'informer.

3.2. Devoir d'informer : rendre la transparence des traitements plus tangible et accessible

[41] Dans la lignée du principe de transparence, l'art. 19 LPD impose désormais au responsable du traitement un devoir systématique d'information. Ce devoir oblige à fournir certaines informations s'agissant du traitement de données, et ce de manière adéquate, mais également indépendamment du fait que la collecte soit effectuée auprès de la personne concernée ou non⁸².

[42] L'art. 19 LPD précise les informations qui doivent être transmises aux personnes concernées. La systématique de l'article se décompose en deux parties. D'une part, il y a les informations minimales à transmettre, qui sont exhaustivement listées à l'alinéa 2 lettres a à c, ainsi qu'aux alinéas 3 et 4⁸³. D'autre part, il y a les informations nécessaires pour que la personne concernée puisse faire valoir ses droits selon la LPD et pour garantir la transparence des traitements, conformément à la phrase introductive de l'art. 19 al. 2 LPD.

[43] De manière générale, les informations minimales à transmettre sont les suivantes :

- l'identité et les coordonnées du responsable du traitement (art. 19 al. 2 let. a LPD) ;
- la finalité du traitement (art. 19 al. 2 let. b LPD) ;

⁷⁹ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 42.

⁸⁰ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 42.

⁸¹ CR LPD (note 6), PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, art. 6, N 46.

⁸² Dans le cas concret d'un cabinet médical, la collecte de données est principalement effectuée auprès du patient ; l'information doit donc être communiquée au moment de la collecte, soit vraisemblablement lors du premier rendez-vous médical.

⁸³ L'art. 21 LPD prévoit un devoir d'informer spécifique qui s'applique en cas de décision individuelle automatisée. Celui-ci n'est pas abordé dans le cadre de la présente contribution.

- le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont transmises (art. 19 al. 2 let. c LPD)⁸⁴ ;
- dans le cas où les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, les catégories de données traitées (art. 19 al. 3 LPD) ;
- dans le cas où des données personnelles sont communiquées à l'étranger sur le fondement d'une décision d'adéquation, le nom de l'État ou de l'organisme international auquel elles sont communiquées (art. 19 al. 4 LPD)⁸⁵ ;
- dans le cas où des données personnelles sont communiquées à l'étranger par le biais d'un mécanisme assurant un niveau de protection adéquat, le nom de l'État ou de l'organisme international auquel elles sont communiquées et les garanties prévues (art. 19 al. 4 LPD) ;
- dans le cas où des données personnelles sont communiquées à l'étranger sur le fondement d'une exception, le nom de l'État et l'application de l'exception en question (art. 19 al. 4 LPD).

[44] Outre les informations minimales à transmettre, la phrase introductive de l'art. 19 al. 2 LPD prévoit comme principe la nécessité de fournir aux personnes concernées les informations nécessaires pour qu'elles puissent faire valoir leurs droits et pour garantir la transparence des traitements. L'objectif est de permettre aux individus de comprendre pleinement comment leurs données sont utilisées, de garantir la transparence et de faciliter l'exercice de leurs droits en matière de protection des données. Cette flexibilité laissée au responsable du traitement lui permet de gérer le niveau de détail des informations à fournir, qui dépend notamment de la nature, de l'étendue et du type de données personnelles concernées⁸⁶. Ainsi, et selon les circonstances, le responsable du traitement peut être tenu de fournir à la personne concernée d'autres informations, telles que les bases légales sur lesquelles repose le traitement de données personnelles. Ces informations comprennent aussi les droits dont disposent les personnes concernées concernant le traitement de leurs données, en particulier le droit de dénoncer le responsable du traitement au PFPDT, voire encore les éventuelles conséquences et implications du traitement des données (p. ex. des informations sur les décisions « partiellement » automatisées, sur le profilage ou sur les risques potentiels pour les droits et les libertés) ou les durées de conservation ou les critères pour fixer celles-ci⁸⁷.

3.3. Exceptions

[45] Le devoir d'informer n'est pas absolu, l'art. 20 LPD posant des limites importantes. Il y a lieu de différencier les cas de figure suivants :

⁸⁴ En ce qui concerne l'étendue de la notion de destinataire, cf. Livio DI TRIA/PHILIPP FISCHER, Toute personne a le droit de savoir à qui ses données personnelles ont été communiquées, in : www.swissprivacy.law/216 et Livio DI TRIA/PHILIPP FISCHER, Toute personne a le droit de savoir à qui ses données personnelles ont été communiquées : une analyse sous l'angle du droit suisse, in : www.swissprivacy.law/217.

⁸⁵ Cf. art. 16 al. 1 LPD.

⁸⁶ Livio DI TRIA, Naviguer dans l'incertitude : les défis pratiques liés à l'exercice du droit d'accès, Jusletter 25 septembre 2023, N 39.

⁸⁷ DI TRIA (note 86), N 25.

- les exceptions générales au devoir d’informer (art. 20 al. 1 LPD), qui s’appliquent lorsque la personne concernée dispose déjà des informations correspondantes (let. a), lorsque le traitement des données personnelles est prévu par la loi (let. b)⁸⁸, lorsque le responsable du traitement privé est lié par une obligation légale de garder le secret (let. c)⁸⁹ et lorsque les conditions relatives à la restriction du droit d’accès par les médias sont applicables (let. d);
- les exceptions au devoir d’informer lors de collectes indirectes (art. 20 al. 2 LPD), qui s’appliquent lorsque l’information est impossible à donner (let. a) ou nécessite des efforts disproportionnés (let. b);
- les exceptions permettant de renoncer, restreindre ou différer la communication des informations (art. 20 al. 3 LPD), qui s’appliquent lorsque les intérêts prépondérants d’un tiers l’exigent (let. a), lorsque l’information empêche le traitement d’atteindre son but (let. b), lorsque les intérêts prépondérants du responsable du traitement privé l’exigent et qu’il ne communique pas les données à un tiers (let. c), lorsqu’un intérêt public prépondérant l’exige ou que la communication des informations est susceptible de compromettre une enquête, une instruction ou une procédure judiciaire ou administrative, pour autant que le responsable du traitement est un organe fédéral (let. d).

[46] Cet article n’a pas pour vocation d’analyser en détail chacune des exceptions prévues par l’art. 20 LPD. Nous sommes en effet d’avis que ces exceptions s’appliquent de manière restrictive et qu’il faut reconnaître un devoir d’informer général dans le cas d’espèce. En effet, une application large de ces exceptions irait à l’encontre du principe de transparence. De plus, dans le cas des cabinets médicaux, seules deux de ces exceptions méritent une attention particulière.

[47] La première exception concerne le cas où le devoir d’informer ne s’impose pas, car une base légale – fédérale, cantonale ou communale – prévoit le traitement de données (art. 20 al. 1 let. a LPD)⁹⁰. Comme nous l’avons souligné, les traitements de données médicales sont encadrés par une forte densité de normes⁹¹ et l’exception peut donc trouver application dans de nombreux cas. Il est toutefois important de relativiser cette exception : le devoir d’informer ne tombe pas automatiquement et nécessite une analyse au cas par cas, car les bases légales ne prévoient pas tous les traitements de données effectués en pratique, même dans le domaine médical⁹². Par exemple, un cabinet médical qui utilise les services d’un sous-traitant pour la gestion administrative doit informer les patients de ce type de traitement. En outre, il est difficile de dresser un tableau précis des bases légales et de distinguer clairement quelles sont les informations qui doivent être transmises de celles qui ne doivent pas l’être, complexifiant la mise en œuvre du devoir d’informer⁹³.

[48] La seconde exception concerne le cas où le responsable du traitement privé est lié par une obligation légale de garder le secret (art. 20 al. 1 let. c LPD). Cette exception vise à éviter un

⁸⁸ Certains auteurs conditionnent cette exception au fait que la loi en question fournisse elle-même les informations exigées par l’art. 19 LPD. Cf. PC LPD (note 16), LISA JACCOUD/SÉBASTIEN FANTI/ALEXANDRE STAEGGER, art. 20, N 23; CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 20, N 6.

⁸⁹ C’est par exemple le cas du secret professionnel au sens de l’art. 321 CP. Dans son essence, cette exception vise à éviter que le détenteur du secret (p. ex. le médecin) soit obligé de transgresser son secret en devant informer des tiers à propos desquels il collecterait des données dans le cadre de ses activités.

⁹⁰ CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 20, N 6.

⁹¹ Cf. N 33.

⁹² YANIV BENHAMOU/PHILIPP FISCHER/CÉLIAN HIRSCH/VALÉRIE JUNOD/DEBORAH LECHTMAN/JULIEN LEVIS, What Will Change at Doctors Offices with the new DPA? Not Much!, in : Life Science Recht 2/2023, p. 73 ss.

⁹³ Cf. N 56.

conflit entre le devoir d'informer et le devoir de confidentialité, tout en donnant au devoir de confidentialité la primauté⁹⁴. Cependant, il ne faut pas voir dans cette exception un blanc-seing permettant de vider de sa substance le devoir d'informer. En effet, chaque secret nécessite un examen concernant notamment son étendue, puisque le secret n'est pas opposable à tout le monde⁹⁵. En particulier, le secret professionnel n'est pas invocable à l'encontre du patient. Le médecin peut donc librement informer ce dernier que des données ont été collectées à son sujet auprès de tiers par exemple⁹⁶. Au regard du but de l'exception (éviter la violation du secret professionnel par la mise en œuvre de l'obligation d'informer) et de l'application générale du principe de transparence, nous sommes même d'avis que le médecin est tenu de fournir aux patients une information en matière de traitements de données. Une interprétation différente aurait pour conséquence d'exclure sans raison le devoir général d'informer dans de nombreux champs d'activités où une obligation légale d'observer le secret trouve application (cabinets médicaux, études d'avocats, banques, assurances privées, etc.).

3.4. Conseils pratiques

[49] Si en théorie le devoir d'informer peut paraître clair, sa mise en œuvre est complexe, et ce indépendamment du secteur concerné. Cette mise en œuvre se heurte à deux problèmes principaux, qui représentent la pierre d'achoppement de ce devoir.

[50] D'abord, le responsable du traitement est tenu d'informer la personne concernée de manière adéquate de la collecte de données, que celle-ci soit effectuée auprès d'elle ou non. L'art. 19 al. 1 LPD ne pose aucune exigence quant à la forme de l'information, laissant ainsi au responsable du traitement une certaine marge d'appréciation. Cette dernière doit toutefois être utilisée précautionneusement et être adaptée en fonction du niveau de connaissance de la personne concernée, ce qui implique par conséquent de moduler l'information en fonction du contexte spécifique. Pour que les informations soient transmises de manière adéquate, cela implique à tout le moins qu'elles soient facilement accessibles et communiquées de manière concise, transparente et compréhensible (art. 13 OPDo). Le langage utilisé doit donc être clair et dépourvu de jargon technique – ou juridique – afin de garantir que toutes les personnes concernées, indépendamment de leur niveau de connaissance ou de leur expérience, puissent comprendre les informations fournies. Concernant la langue utilisée, il est recommandé que celle-ci corresponde au moins à la langue officielle du siège du cabinet médical⁹⁷. De plus, les informations doivent être présentées de manière structurée et logique, permettant ainsi aux personnes concernées de trouver rapidement les renseignements dont ils ont besoin.

[51] Ensuite, il incombe au responsable du traitement de fournir au patient toutes les informations minimales, ainsi que les autres informations nécessaires pour exercer ses droits et garantir la transparence des traitements. Comme nous l'avons vu, il existe de nombreuses informations minimales à transmettre et, là aussi, une certaine marge d'appréciation pour les informations supplémentaires. En addition, certaines informations n'ont pas besoin d'être transmises conformément

⁹⁴ CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 20, N 9 ss; PC LPD (note 16), LISA JACCOUD/SÉBASTIEN FANTI/ALEXANDRE STAEGER, art. 20, N 27; FF 2017 6565, 6671.

⁹⁵ CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 20, N 9.

⁹⁶ CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 20, N 9.

⁹⁷ Dans ce sens, cf. CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 19, N 13.

aux exceptions susmentionnées, ce qui constitue une complexité supplémentaire. Cette problématique spécifique ressort par ailleurs dans une récente recommandation du 17 avril 2024 émise à l'égard de l'entreprise Digitec Galaxus par le PFPDT⁹⁸. Dans sa recommandation, le PFPDT constate que le principe de transparence a été violé, en particulier en raison d'une déclaration de protection des données qui a été rédigée de manière insuffisamment claire. Le PFPDT exige de l'entreprise dans le cadre de sa recommandation qu'elle revoie sa déclaration de protection des données, afin que les informations sur les traitements de données soient claires et précises, indiquant quelles données sont traitées, à quelles fins et à qui elles sont communiquées. Le PFPDT recommande en outre que la déclaration de protection des données ne décrive que les traitements de données réellement effectués, rappelant que l'indication d'un traitement de données « pour le cas où » est contraire au droit de la protection des données, et plus spécifique au principe de proportionnalité. Ainsi, fournir trop peu d'informations constitue une violation, tandis qu'en donner trop, comme en élargissant excessivement les finalités du traitement ou en réservant la collecte de données à des cas hypothétiques, pose également des problèmes⁹⁹.

[52] Pour faire face à ce savant jeu d'équilibriste, notre article propose quelques conseils pratiques, sans ignorer les contraintes liées à la charge administrative croissante des cabinets médicaux. L'objectif n'est pas de les surcharger davantage, mais plutôt de leur fournir des orientations qui les aideront à naviguer dans les complexités du devoir d'informer.

[53] Premièrement, nous déconseillons l'utilisation de documents génériques non adaptables¹⁰⁰. Chaque document doit pouvoir être spécifiquement adapté en fonction de chaque situation et de chaque traitement médical : un cabinet de psychiatrie ne traite pas les mêmes données qu'un cabinet médical spécialisé en médecine interne générale ou en endocrinologie-diabétologie.

[54] Deuxièmement, il est essentiel de se former et d'être sensibilisé à la protection des données, ce qui permettra de comprendre les principes fondamentaux de la protection des données, les droits des personnes concernées et les obligations du responsable du traitement. Cette étape est nécessaire pour tous les membres du cabinet médical, soit aussi bien pour les professionnels de la santé que les équipes administratives, ces dernières jouant en effet un rôle clé dans la mise en œuvre du devoir d'informer¹⁰¹.

[55] Troisièmement, le cabinet médical doit procéder à une cartographie des traitements aussi détaillée que possible afin de déterminer la manière dont il met en œuvre les traitements de données. Dans l'idée, cette étape correspond à l'obligation de réaliser un registre des activités de traitement¹⁰², qui peut s'appliquer au cas des cabinets médicaux¹⁰³. La cartographie des traitements

⁹⁸ La recommandation est accessible à l'adresse suivante : https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/kurzmeldungen/nsb_mm.msg-id-100736.html.

⁹⁹ Pour un résumé de la recommandation, cf. CHRISTOPHE HENSLER, Enquête contre Digitec Galaxus : les recommandations du Préposé sont justifiables, mais sont-elles justes ?, in : www.swissprivacy.law/299.

¹⁰⁰ Dans le cas des cabinets médicaux, nous constatons que certains documents émis par des faïtières pour l'ensemble de leurs membres posent des problèmes à l'aune du principe de transparence, et notamment du devoir d'informer. Il arrive en pratique que certains cabinets distribuent des formulaires avec déclaration de consentement en matière de protection des données qui ne sont pas adaptés à leurs prestations de soins (p. ex. un cabinet médical spécialisé dans le traitement de cas psychologiques qui envisage de procéder à des analyses médicales). Il est crucial d'adapter les informations à chaque cas particulier, comme le rappelle d'ailleurs le PFPDT dans le cadre de sa récente recommandation (cf. N 52).

¹⁰¹ Cf. N 58.

¹⁰² Art 12 LPD et 24 OPDo.

¹⁰³ BENHAMOU/FISCHER/HIRSCH/JUNOD/LECHTMAN/LEVIS (note 92), p. 74. La FMH laisse également penser que les cabinets médicaux sont soumis à cette obligation (cf. <https://www.fmh.ch/fr/ehealth/protection-donnees-securite>).

de données s'avère être un outil de pilotage essentiel en pratique : lorsqu'elle est de qualité et à jour, elle permet au responsable du traitement de connaître ses données et démontre qu'il maîtrise correctement ses traitements¹⁰⁴. Dans le cas des cabinets médicaux, nous recommandons que ceux-ci se questionnent notamment sur les catégories de données collectées, les finalités du traitement, ainsi que les catégories de destinataires. Par exemple, le cabinet médical recourt-il à des solutions informatiques pour la gestion des données ou mandate-t-il une fiduciaire pour l'aider à gérer sa comptabilité ? Une évaluation de la sécurité des données peut également être réalisée à cette occasion, en particulier en déterminant quelles mesures de sécurité organisationnelles et techniques sont en place pour protéger les données.

[56] Quatrièmement, le cabinet médical doit communiquer aux personnes concernées les informations mentionnées à l'art. 19 LPD, en gardant à l'esprit la marge de manœuvre qui lui est laissée lorsque l'une des exceptions s'applique¹⁰⁵. Dans le cas d'un cabinet médical, la relation entre le patient et le professionnel de la santé est asymétrique. Il est donc impératif d'adapter au mieux l'information pour qu'elle soit adaptée à ce public particulier. Dans cet esprit, selon la structure et la taille du cabinet médical, nous recommandons l'établissement d'une déclaration de protection des données. Nous noterons que cette déclaration doit en outre faire l'objet d'un processus de révision, lequel peut se déclencher dès qu'une partie de l'activité de traitement est modifiée, ou à intervalles réguliers (p. ex. tous les trois ans). Cette déclaration adopte la systématique suivante :

- Introduction rappelant le cadre applicable et les principales définitions, afin de simplifier la compréhension du langage juridique pour les patients.
- Section énonçant l'identité et les coordonnées du cabinet médical¹⁰⁶.
- Section relative aux différents moyens de communication.
- Section décrivant le rôle du cabinet médical en matière de protection des données. Cette section peut également rappeler que la protection des données est l'affaire de tous, ce qui implique de responsabiliser le patient, l'invitant à lire attentivement la déclaration et à poser ses questions.
- Section indiquant le moment et la manière dont les données sont collectées, par exemple lors de la première visite au cabinet médical.
- Section détaillant les différentes catégories de données personnelles qui sont traitées.
- Section expliquant les finalités pour lesquelles les données sont collectées et traitées¹⁰⁷.

Selon une analyse comparée, cela est également le cas de la CNIL sur la base de l'art. 30 RGPD, qui prévoit des conditions similaires (cf. <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/professionnels-de-sante-tenir-un-registre-cest-obligatoire>).

¹⁰⁴ Sur les bénéfices du registre des activités de traitement, cf. ELODIE PIERLOOT, Le registre des activités de traitement, un outil de pilotage essentiel, in : www.swissprivacy.law/294.

¹⁰⁵ Cf. N 45 ss.

¹⁰⁶ L'identité du responsable du traitement dépend de la forme que prend le cabinet médical. Pour les coordonnées du responsable du traitement, il s'agit de ses informations de contact telles que son adresse postale, son adresse électronique voire un numéro de téléphone. Cette information doit permettre aux personnes concernées de savoir à qui s'adresser pour toute question en matière de protection des données.

¹⁰⁷ Les mentions des finalités peuvent être difficiles à jauger en pratique. Elles doivent être suffisamment détaillées pour être compréhensibles tout en étant suffisamment générales pour couvrir les différentes finalités possibles. De plus, il est possible que le responsable du traitement ne soit pas certain de toutes les finalités possibles dès les prémisses du traitement ; les finalités peuvent devenir plus claires au fur et à mesure que le traitement se poursuit. Ensuite, les formulations des finalités possibles sont très vastes, ce qui peut là aussi entraîner des ambiguï-

- Section décrivant les droits des personnes concernées. Dans le cadre de cette section, il peut être rappelé que les patients peuvent également dénoncer le cabinet médical auprès du PFPDT, tout en les encourageant au préalable à contacter le cabinet médical pour répondre à leurs préoccupations.
- Section expliquant de manière générale les mesures mises en place par le cabinet médical pour sécuriser les données.
- Section indiquant la durée de conservation des données, ou les critères pour fixer celle-ci, et rappelant que certaines données peuvent être traitées en raison d'obligations légales spécifiques.
- Section informant les personnes concernées des catégories de destinataires auxquels les données sont communiquées, et idéalement, de lister de manière concrète ces destinataires¹⁰⁸. Les destinataires de données personnelles à indiquer varient également en fonction des soins prodigués et des exceptions au devoir d'informer qui peuvent s'appliquer¹⁰⁹.

[57] La déclaration de protection des données doit se limiter aux questions relatives à la protection des données. Il ne faut pas alourdir ce document avec des considérations non pertinentes telles que les modalités de prise de rendez-vous, les conditions d'annulation ou les honoraires du professionnel de la santé. Ces informations, bien qu'importantes, doivent être traitées dans des documents séparés pour éviter toute confusion et garantir la clarté de la déclaration de protection des données. Si le cabinet médical n'est pas sûr de ce qu'il écrit, il doit se faire assister par sa faitière (si elle propose de tels services) ou par un professionnel. De plus, la déclaration de protection des données doit refléter clairement les traitements de données, ce qui implique de prendre en compte tous les traitements, sans réserver non plus des traitements « pour le cas où ». Ce point est important dans la mesure où l'art. 63 al. 1 let. a LPD réserve une disposition pénale prévoyant que la personne privée qui contrevient au devoir d'informer en fournissant intentionnellement des renseignements inexacts ou incomplets peut s'exposer, sur plainte, à une amende pouvant aller jusqu'à 250'000 francs.

[58] Cinquièmement, la déclaration de protection des données doit être remise aux patients, idéalement lors de leur première visite. Vu la nature de la relation entre le patient et le cabinet médical, cette étape est primordiale, surtout si le patient est dans une position de vulnérabilité ou de stress. Ici, l'équipe administrative du cabinet médical joue un rôle clé¹¹⁰. Cette dernière doit au moins expliquer dans les grandes lignes le but et le contenu de la déclaration, et être en mesure de répondre aux interrogations des patients. Pour ce faire, il est important de créer un

tés. C'est pourquoi il est généralement recommandé d'éviter des qualifications vagues comme « peut », « pourrait », « possible » qui ne précisent pas clairement les buts du traitement. Dans le même sens, cf. CR LPD (note 6), CHRISTIAN FLUECKIGER, art. 19, N 39.

¹⁰⁸ Les catégories de destinataires doivent être définies de manière claire et précise, afin que les personnes concernées puissent comprendre qui pourrait accéder à leurs données. Par exemple, au lieu de simplement indiquer « partenaires », il serait plus judicieux d'un point de vue de l'information de spécifier « laboratoires médicaux », « pharmacies », « caisses-maladies » ou « prestataires de services informatiques ». En ce qui concerne la formulation des catégories de destinataires, il est là aussi nécessaire d'éviter les qualifications vagues et ambiguës.

¹⁰⁹ Par exemple, les données peuvent être transmises à des laboratoires pour des analyses médicales, ou à des pharmacies pour la préparation et la délivrance de médicaments. Les destinataires peuvent également inclure des prestataires de services informatiques qui proposent aux cabinets médicaux des solutions informatiques, par exemple pour la gestion administrative des données du cabinet.

¹¹⁰ Si le cabinet médical choisit de ne pas s'appuyer sur une équipe administrative, il incombe alors aux professionnels de la santé de prendre en charge ces tâches.

environnement ouvert et accueillant où le patient se sent à l'aise pour poser des questions. L'accompagnement du patient dans cette démarche est probablement le point le plus essentiel pour instaurer un climat de confiance et de transparence.

[59] Sixièmement, le cabinet médical doit s'assurer que le patient est informé à intervalles réguliers. Cette étape implique donc de mettre à disposition du patient la déclaration de protection des données de manière continue, par exemple en l'affichant dans la salle d'attente ou sur le site web du cabinet médical. Dans le cas où les activités de traitements devaient évoluer, la meilleure façon d'avertir les patients est de le faire oralement, afin de garantir qu'ils comprennent pleinement les nouvelles informations et leurs implications.

4. Conclusion

[60] La révision de la LPD n'a pas entraîné de modification notable du point de vue de la collecte du consentement du patient en lien avec les traitements de données personnelles dans le contexte médical. Le recours à des formulaires de consentement énoncés de manière large et pourvus de longues listes de destinataires potentiels, comme ceux qui se sont répandus récemment dans de nombreux cabinets médicaux, est critiquable. Dans de nombreux cas, un tel consentement est difficilement compatible avec l'exigence de liberté, puisque le patient est placé face au choix de consentir en bloc au traitement de données ou de prendre le risque de ne pas être pris en charge médicalement. L'atteinte qui en résulte est en principe disproportionnée. Par ailleurs, le consentement est problématique sous l'angle du caractère éclairé puisque le patient n'est pas en mesure de savoir quelles données seront concernées par le traitement de données futur (p. ex. : données concernant un diagnostic encore inconnu) ainsi que les effets du traitement de données sur sa sphère juridique. Dans ces conditions, un consentement est difficilement admissible.

[61] Comme c'était déjà le cas avant l'entrée en vigueur de la LPD révisée, les traitements de données effectués par les cabinets médicaux peuvent reposer sur d'autres motifs, notamment la loi ou l'intérêt prépondérant privé ou public. De nombreuses dispositions légales encadrent d'ores et déjà les traitements de données dans ce contexte, que ce soit pour la collecte de données et la tenue du dossier médical, ou encore la communication de données à des tiers. Dans le cas des communications, on veillera de surcroît à appliquer les règles spéciales relatives au secret professionnel, en particulier l'art. 321 CP.

[62] Néanmoins, le consentement du patient continue de jouer un rôle important dans un certain nombre de situations, notamment pour déroger au secret professionnel en cas de communication à des tiers. Comme par le passé, certaines questions peuvent être clarifiées dès le début de la relation dans la mesure où elles sont nécessaires, comme la possibilité de contacter un proche en cas d'urgence. Par ailleurs, lorsque la loi autorise une communication (p. ex. signalement d'un conducteur dangereux au sens de l'art. 15 d al. 3 LCR), le professionnel de la santé qui envisage une communication devrait s'efforcer d'obtenir en premier lieu le consentement du patient pour éviter de porter atteinte au lien thérapeutique. Le consentement du patient est également requis en l'absence de dispositions légales autorisant une communication de données à un tiers (p. ex. communication du dossier à un médecin spécialiste) et à défaut de levée du secret professionnel par l'autorité compétente. À la différence des larges formulaires de consentement présentés aux patients en début de relation, le consentement est toutefois limité ici à des situations concrètes,

qui permettent au patient d'envisager les conséquences de la communication sur sa sphère juridique.

[63] Si la révision de la LPD n'a pas entraîné de modifications significatives sous l'angle du recueil du consentement aux traitements de données, elle a néanmoins renforcé les obligations des responsables de traitement en termes de transparence et d'information. Le devoir d'informer s'applique désormais à tous les responsables du traitement, ce qui entraîne de nombreuses interrogations et une mise en œuvre pratique complexe. Les responsables de traitement doivent s'assurer que les informations fournies aux personnes concernées sont claires, complètes et compréhensibles, tout en tenant compte des spécificités de chaque situation, impliquant ainsi une rigueur accrue et une organisation minutieuse.

[64] Au final, nous appelons donc à une remise en question générale des pratiques de protection des données dans les cabinets médicaux. Alors que les longs formulaires de consentement semblent à première vue constituer une avancée pour l'autodétermination des patients, ils se révèlent en pratique souvent désavantageux pour eux, les patients étant indûment contraints d'en accepter les termes. En touchant au secret médical, c'est le lien de confiance entre les patients et le corps médical qui est en jeu. Les précautions sont donc de mise.

FRÉDÉRIC ERARD est professeur de droit civil et médical à l'Université de Lausanne.

LIVIO DI TRIA est associé au sein de l'entreprise YBCS et enseigne la gestion et la protection des données en tant que chargé de cours HES. Il est l'un des co-fondateurs du site www.swissprivacy.law.

Les auteurs tiennent à remercier M. Karim Lang pour sa précieuse relecture de l'article, ainsi que M. Gilbert Tripet pour ses apports en amont de la rédaction du présent article.