

Accès au dossier médical d'un tiers : quand avocats et médecins jouent les intermédiaires

Frédéric Erard

*Paroles, à peine paroles
(murmurées par la nuit)
non pas gravées dans de la pierre
mais tracées sur des stèles d'air
comme par d'invisibles oiseaux
Paroles non pas pour les morts
(qui l'oserait encore désormais ?)
mais pour le monde et de ce monde.*

Philippe Jaccottet

Table des matières

I. Variation sur un même thème	126
II. Le secret professionnel et sa levée	126
A. Le secret professionnel du médecin	126
B. Levée du secret professionnel par l'autorité en particulier	128
III. Accès médiatisé au dossier médical, en particulier lorsque le patient est décédé	129
IV. Discussion	132
V. Conclusion	135

Bibliographie

AEBI-MÜLLER REGINA A. *et al.*, *Arztrecht*, 2^e éd., Berne 2024; BOHNET FRANÇOIS *et al.* (éd.), *Commentaire romand – Code de procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2019 (cité: CR CPC-AUTEUR); BREITSCHMID PETER, *Nähe und Distanz – Wissen und Geheimnisse, Pfleregerecht* 3/2019 151 ss; CHAPPUIS BENOÎT, *Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret: l'ATF 142 II 256*, *Revue de l'avocat* 11/12/2018 504 ss; DEVAUD CORALIE, *L'information en droit médical – Etude de droit suisse*, Genève 2009; DONZALLAZ YVES, *Traité de droit médical, vol. II – La médecine et les soignants*, Berne 2021; DUPUIS MICHEL *et al.* (éd.), *Petit commentaire Code Pénal*, Bâle 2017 (cité: PC CP); ERARD FRÉDÉRIC, *Le secret médical – Etude des obligations de confidentialité des soignants*, Zurich 2021 (cité: *Le secret médical*); ERARD FRÉDÉRIC, *Levée du secret médical: si l'avocat sait, le client aussi doit savoir*, *Swissprivacy* 23 janvier 2024 (cité: *Swissprivacy*); ERARD FRÉDÉRIC/GUILLOD OLIVIER, *Levée générale du secret médical et assistance au suicide*, *Jusletter* 29 janvier 2018; GUILLOD OLIVIER/ERARD FRÉDÉRIC, *Droit médical*, Bâle 2020; HERTIG PEA AGNÈS, *La levée du secret professionnel en faveur d'héritiers*, *Commentaire de l'arrêt 4C.111/2006 du 7 novembre 2006*, *Jusletter* 7 mai 2007; KELLER KARIN, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art.321 StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich*, Zurich 1993; LANGMACK HANS, *Die strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes*, *ZStR* 1972 69 ss; MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (éd.), *Commentaire romand – Code pénal II*, Bâle 2017 (cité: CR CP II-AUTEUR); MEIER PHILIPPE, *Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), *Basler Kommentar – Strafrecht II*, 4^e éd., Bâle

2019 (cité: BSK StGB-AUTEUR); PERRIN JULIEN/EGGIMANN LARA, Droit des héritiers à l'information, SJ 10/2024 863 ss; PIOTET DENIS, De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé, in Schmid Niklaus/Killias Martin (éd.), Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit: mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, Berne 1996, 333 ss; RAMELET ADRIEN, Le droit de consulter le dossier en procédure administrative, pénale et civile, Berne 2021; ROUILLER FÉLISE/EPINEY ASTRID, Le droit d'accès à ses données personnelles, in Métille Sylvain (en collaboration avec Livio di Tria/Bastian Enzo), Le droit d'accès, Berne 2021; STÄUBER RICHARD, Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, Zurich/Saint-Gall 2011; THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.), Commentaire romand – Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité: CR CO I-AUTEUR); TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (éd.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4^e éd., Zurich 2021 (cité: PK StGB-AUTEUR 2021).

Travaux préparatoires

Projet de 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 6803 (cité: Projet de révision LPD).

I. Variation sur un même thème

- 1 Benoît Chappuis s'est, comme moi, beaucoup intéressé au secret professionnel. Au fil des années, son statut d'éminent spécialiste du sujet – largement mérité – lui attirait les demandes répétées de contribuer à telle revue ou à tel ouvrage, à la suite de quoi il s'exécutait sans relâche de manière aussi intelligente qu'éclairée. Au point qu'il m'avoua un jour, sur le ton de la boutade mais avec une pointe de lassitude, avoir l'impression de jouer encore et encore des variations sur un seul et même thème. Quoi de plus naturel, donc, que de lui offrir à l'occasion des présents mélanges une nouvelle variation sur cet air si bien connu de lui.
- 2 L'exposé qui suit traite de la question suivante: la levée du secret médical en vue d'accéder au dossier médical d'un tiers peut-elle être accordée à condition qu'elle intervienne par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un médecin? Cette première question en appelle une autre plus spécifique: l'accès au dossier médical d'un tiers peut-il être accordé à un avocat ou un médecin tout en lui interdisant d'en communiquer le contenu au client ou patient qui l'a mandaté? Dans les faits, la question se pose tout particulièrement lorsqu'un patient décède dans un contexte hospitalier et que des proches souhaitent prendre connaissance d'informations figurant dans le dossier médical du défunt, que ce soit pour mieux appréhender les derniers instants de leur proche ou pour vérifier l'existence d'éventuelles erreurs dans la prise en charge médicale. Comme on le verra, la jurisprudence du Tribunal fédéral arrive à des conclusions différentes selon que l'intermédiaire est un médecin ou un avocat.

II. Le secret professionnel et sa levée

A. Le secret professionnel du médecin

- 3 Les médecins sont, au même titre que les avocats, tenus au secret professionnel en vertu de l'art.321 CP. Conformément à la lettre de cette disposition, le secret porte sur l'ensemble des faits qui sont confiés à eux en vertu de leur profession ainsi que sur ceux dont ils prennent connaissance dans l'exercice de celle-ci. La jurisprudence souligne que le secret professionnel du médecin est une institu-

tion importante du droit fédéral¹. Le secret professionnel protège aussi bien des intérêts individuels, tels que la sphère privée du patient (art. 13 Cst.; art. 8 CEDH) ou sa santé, que des intérêts publics, à l'image de la nécessaire confiance du public à l'égard du corps médical et des services de santé en général².

D'un point de vue temporel, l'obligation d'observer le secret n'a pas de limite temporelle et perdure donc après la mort du patient³. Il s'agit ici d'assurer que le patient puisse, de son vivant, communiquer sans réserve avec son médecin sur des sujets dont il ne souhaite pas que ses proches soient informés après sa mort⁴. Comme la violation du secret professionnel au sens de l'art. 321 CP est poursuivie sur plainte uniquement, le décès du patient met en principe fin aux poursuites pénales⁵. Néanmoins, le médecin qui violerait son obligation d'observer le secret continue à s'exposer à d'autres types de sanctions, en particulier disciplinaires⁶.

L'art. 321 CP prévoit essentiellement trois types de dérogations au secret professionnel: le consentement du « maître du secret » (en principe le patient)⁷, les dérogations légales prévues par le droit fédéral ou cantonal statuant une faculté ou une obligation d'aviser ou de collaborer, ainsi que l'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de l'autorité de surveillance désignée par le droit cantonal. Doivent en plus être réservés les motifs justificatifs généraux du Code pénal, en particulier l'état de nécessité licite (art. 17 CP)⁸.

1 ATF 147 I 354, c. 3.2, JdT 2022 I 39.

2 ATF 147 I 354, c. 3.2, JdT 2022 I 39. Pour des développements sur les intérêts protégés par le secret médical, voir en particulier: ERARD, Le secret médical, N 240 ss.

3 ATF 87 IV 105 c. 2; TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2022, c. 6.1.3; TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c. 6.2.3; AEBI-MÜLLER *et al.*, N 1501; KELLER, 79 s; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 68; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 18.

4 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2022, c. 6.1.3; TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c. 6.2.3.

5 On doit néanmoins réserver d'éventuelles plaintes de tiers vivants dont les informations personnelles se trouveraient dans le dossier médical du patient décédé et qui seraient directement touchés par une divulgation en violation du secret professionnel. Sur les questions complexes que cela peut engendrer, voir p. ex.: ERARD, Le secret médical, N 865 ss.

6 Art. 40 let. f et art. 43 al. 1 LPMéd, qui opèrent un renvoi dynamique à l'art. 321 CP. TF, arrêt du 20.7.2017, 2C_1035/2016, c. 4.2; TF, arrêt du 16.6.2016, 2C_215/2015, c. 3 (non publié dans ATF 142 II 256); PK StGB-TRECHSEL/VEST 2021, art. 321 N 27.

7 Selon l'opinion soutenue ici, le secret professionnel du médecin bénéficie aussi aux tiers concernés par les données, leur consentement devant alors être recueilli en cas de communication. En ce sens: PC CP, art. 321 N 5; KELLER, 138 s; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 34; ERARD, Le secret médical, N 867. La jurisprudence a toutefois rejeté cette approche par le passé, en affirmant que le secret ne s'étend pas aux tiers: TF, arrêt du 14.2.2013, 1B_596/2012, c. 2.4 (secret de l'avocat) ainsi qu'un ancien ATF 97 II 370 (secret du médecin). Dans ce dernier arrêt, les références citées par le Tribunal fédéral n'excluent pourtant pas un élargissement du secret aux tiers (à ce sujet: ERARD, Le secret médical, N 867, n. 1420). Sur cette controverse, voir aussi: CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 113.

8 DONZALLAZ, N 6910 ss; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 120 s; PK StGB-TRECHSEL/VEST 2021, art. 321 N 37.

B. Levée du secret professionnel par l'autorité en particulier

- 6 Dans toute la mesure du possible, les dérogations au secret professionnel devraient reposer sur le consentement du patient puisque cette voie préserve au mieux le lien de confiance qui lie le patient au médecin. Il arrive néanmoins que le recueil du consentement ne soit pas possible (patient décédé ou absent, refus de ce dernier) et que la communication envisagée pourtant jugée nécessaire par le professionnel de la santé ne soit pas autorisée par la loi⁹. Pour parer aux situations de blocage, l'art. 321 ch. 2 CP permet à l'autorité désignée par le droit cantonal de lever le secret professionnel dans un cas particulier. Par principe, seul le professionnel peut saisir l'autorité de levée du secret, excluant par exemple les proches, le ministère public, les assurances ou d'autres tiers¹⁰. Le Tribunal fédéral a néanmoins tempéré ce principe lorsqu'un tiers requiert le témoignage d'un professionnel soumis au secret, en reconnaissant à ce tiers un droit de recours contre la décision de l'autorité refusant de lever le secret professionnel¹¹.
- 7 Le droit fédéral ne détermine pas comment l'autorité de levée du secret professionnel doit trancher, de telle sorte qu'il revient aux tribunaux de définir les contours de ce processus¹². Selon une jurisprudence désormais bien établie, l'autorité saisie doit procéder à une pesée de l'ensemble des intérêts et des biens juridiques en présence et elle ne doit lever le secret que si une communication est nécessaire pour sauvegarder des intérêts privés ou publics clairement prépondérants¹³. Dans le cadre de la pesée d'intérêts, il faut en outre garder à l'esprit que la protection du secret professionnel est en soi un bien juridique important et que la seule recherche de la vérité matérielle n'est pas suffisante pour ordonner la levée du secret professionnel¹⁴.
- 8 L'autorité de levée du secret professionnel décide en particulier de l'étendue des informations communiquées ainsi que des destinataires¹⁵. Conformément au principe général de proportionnalité, la levée du secret professionnel doit se limiter aux informations nécessaires pour atteindre le but visé par la communication¹⁶. En outre, l'autorité bénéficie – en apparence du moins – d'une grande

9 DUPUIS *et al.*, PC CP, art. 321 N 45.

10 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 149; PK StGB-TRECHSEL/VEST 2021, art. 321 N 31. Depuis la révision du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 puis celle du droit de la protection de l'enfance entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2019, les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte peuvent toutefois elles aussi saisir les autorités de levée du secret professionnel en vertu des art. 448 al. 2 CC et 314e al. 3 CC.

11 ATF 142 II 256. Pour un aperçu des épineux problèmes soulevés par ce type de recours: CHAPPUIS, 504 ss; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 149.

12 TF, arrêt du 16.6.2016, 2C_215/2015, c. 5.1 (non publié dans ATF 142 II 256).

13 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2022, c. 6.2.1; TF, arrêt du 15.3.2019, 2C_270/2018, c. 2.1.2; TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c. 6.4.2. CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 153; PK StGB-TRECHSEL/VEST 2021, art. 321 N 34.

14 TF, arrêt du 1.5.2020, 2C_1049/2019, c. 3.4; TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c. 6.4.2.

15 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2022, c. 6.2.1.

16 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2022, c. 6.2.1; TF, arrêt du 1.5.2020 2C_1049/2019, c. 3.4; TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c. 6.4.2.

marge de manœuvre pour fixer les modalités de levée du secret¹⁷. Il convient dès lors d'examiner dans quelle mesure la jurisprudence a admis l'accès à un dossier médical par l'intermédiaire d'un tiers, qu'il soit médecin ou avocat.

III. Accès médiatisé au dossier médical, en particulier lorsque le patient est décédé

En pratique, les situations dans lesquelles se pose la question d'un accès au dossier médical par l'intermédiaire d'un tiers concernent essentiellement les cas où le patient est décédé. Dans l'hypothèse où le défunt n'aurait pas consenti de son vivant à une levée du secret qui déploierait ses effets *post mortem*¹⁸ – un consentement que la jurisprudence n'admet qu'avec une grande retenue¹⁹ – et qu'il n'existerait pas de disposition légale autorisant un accès au dossier médical du défunt dans le cas particulier, une lecture stricte de l'art.321 CP n'offre alors d'autre choix que d'emprunter la procédure de levée du secret professionnel²⁰. Cette situation peut néanmoins conduire à des blocages, en particulier si le médecin concerné refuse d'entreprendre les démarches pour être délié de son secret.

Dans un arrêt de 1995, le Tribunal fédéral a pour la première fois reconnu au proche d'un patient décédé un droit propre d'être renseigné sur certaines parties du dossier médical du défunt par l'intermédiaire d'un médecin choisi par ce proche (médecin de confiance), confirmant une décision du Conseil d'Etat genevois²¹. Dans le cas d'espèce, le fils adulte d'une patiente décédée dans un hôpital genevois exigeait un accès direct au dossier médical de sa mère. Après avoir procédé à une pesée des intérêts, le Tribunal fédéral a rejeté une telle prétention, mais a reconnu par voie prétorienne un droit d'accès « médiatisé » et limité à certaines parties du dossier médical déduit du droit à la vie privée et familiale protégé par l'art.8 CEDH, en tenant compte des liens particulièrement étroits qui liaient le requérant à sa mère²². Pour le Tribunal fédéral, « cette solution n'est pas parfaite et présente certains inconvénients dans la mesure où un médecin qui n'était pas nécessairement celui de la défunte aura accès au dossier », mais elle « permet toutefois de résoudre de manière équilibrée le conflit des intérêts en présence », étant entendu que chaque situation doit être examinée au cas par cas²³. Cette décision a été confirmée dans un autre arrêt du Tribunal fédéral de

17 DONZALLAZ, N 6706.

18 A ce sujet, voir notamment: ERARD/GUILLOD.

19 TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c.6.3; TF, arrêt du 1.10.2001, 1P.359/2001, c.2d. Voir aussi: ERARD/GUILLOD; ERARD, Le secret médical, N 1379.

20 TF, arrêt du 7.11.2006, 4C.111/2006, c.2.3.1; *contra* LANGMACK, 74, qui estime dans un avis ancien et isolé que le droit de délier le professionnel de son secret passe aux héritiers.

21 TF, arrêt du 26.4.1995, 2P.339/1994, SJ 1996 293.

22 A noter que l'arrêt se réfère de manière indicative, mais pour le moins critiquable, à l'ancien art.8 al.3 aLPD qui permettait au médecin d'exiger que le droit d'accès du patient à son dossier médical soit exercé par l'intermédiaire d'un médecin tiers désigné par le patient. Depuis la révision de la LPD entrée en vigueur le 1.9.2023, le droit d'accès aux données de santé par un tiers médecin n'intervient que si le patient l'a choisi, cf. art. 25 al.3 LPD.

23 TF, arrêt du 26.4.1995, 2P.339/1994, c.3c, SJ 1996 293. A noter que l'arrêt du Tribunal fédéral confirme ainsi un cas tranché de manière similaire par le Tribunal supérieur du canton de Schaffhouse en 1989, ZBl 91/1990 364 ss. Pour des positions critiques vis-à-vis de l'arrêt du Tribunal fédéral: DONZALLAZ, N 6121; HERTIG PEA, N 12 ss.

2001, où il a ajouté que les tiers souhaitant être renseignés devaient présenter un intérêt digne de protection vraisemblable²⁴.

11 La reconnaissance jurisprudentielle d'un droit d'accès médiatisé a légitimé des pratiques désormais établies dans les hôpitaux, permettant aux proches d'être informés des circonstances générales du décès de leur proche sans toutefois qu'un droit d'accès direct au dossier médical ne leur soit accordé, en principe après la levée du secret professionnel par l'autorité compétente²⁵. Cette pratique est parfois qualifiée de « lecture accompagnée » du dossier médical. Un tel accès n'est toutefois possible qu'à la condition que le défunt ne s'y soit pas opposé de son vivant²⁶. A défaut de législation fédérale en la matière, le législateur genevois a même décidé de codifier cette pratique à l'art.55A de la loi sur la santé genevoise²⁷, qui énonce: « Pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection, les proches d'un patient décédé peuvent être informés sur les causes de son décès et sur le traitement qui l'a précédé, à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé. L'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical, ni à l'intérêt prépondérant de tiers. A cet effet, les proches désignent un médecin chargé de recueillir les données médicales nécessaires à leur information et de les leur transmettre. » Cette même disposition exige en outre que les médecins doivent saisir la commission de levée du secret professionnel en vue de se faire délier du secret²⁸.

12 Dans une autre affaire tranchée en 2018, le Tribunal fédéral a examiné les prétentions de deux filles mineures souhaitant obtenir un accès direct au dossier médical de leur mère décédée par suicide dans une clinique saint-galloise, principalement pour les aider à faire leur deuil²⁹. Le médecin qui suivait la mère avait saisi l'autorité cantonale de levée du secret professionnel, mais cette dernière avait levé le secret exclusivement à l'égard des médecins traitants et des psychologues des deux filles mineures, en leur interdisant de leur communiquer le contenu du dossier médical de leur mère. Par ailleurs, l'accès au dossier ne leur était accordé que dans la mesure nécessaire au succès du traitement des jeunes patientes. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a estimé que l'intérêt de ces dernières à accéder à l'intégralité du dossier médical avait un poids atténué dans la mesure où elles ne cherchaient pas à faire valoir d'éventuelles prétentions en responsabilité³⁰. Même si l'intérêt des deux filles à faire leur deuil était compréhensible, il ne saurait l'emporter pleinement sur les intérêts protégés par le secret professionnel. Par conséquent, en accordant aux médecins traitants et aux

24 TF, arrêt du 1.10.2001, 1P.359/2001, c.2d.

25 Voir p. ex. les informations figurant sur le site web de l'administration vaudoise: (www.vd.ch/sante-soins-et-handicap/patients-et-residents-droits-et-qualite-de-soins/les-droits-des-patients-des-residents-et-des-personnes-en-situation-de-handicap/acces-au-dossier) (21.2.2025).

26 DONZALLAZ, N 6117.

27 RSG K 1 03.

28 Art.55A al.3 loi sur la santé genevoise, RSG K 1 03.

29 TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018.

30 TF, arrêt du 15.8.2018, 2C_37/2018, c.6.4.3.

psychologues un droit de regard limité dans le dossier médical de la défunte, l'autorité de levée du secret professionnel était parvenue à une solution équilibrée selon le Tribunal fédéral. Ce dernier a par ailleurs souligné qu'on ne pouvait pas déduire de l'arrêt genevois de 1995³¹ que le médecin de confiance désigné par les proches devait bénéficier d'un droit de regard complet et illimité sur le dossier médical³².

Dans un arrêt plus récent, rendu en 2024, le Tribunal fédéral a cette fois nié l'accès au dossier médical d'une patiente défunte par l'intermédiaire d'un avocat³³. A l'origine de cette affaire, la mère d'une patiente décédée à l'hôpital de Saint-Gall avait requis l'accès au dossier médical de sa fille afin de retracer ses dernières heures. Dans un second temps, elle avait demandé à ce que son avocat, spécialiste en responsabilité civile, puisse lui aussi accéder au dossier médical pour évaluer l'opportunité d'engager une éventuelle action en responsabilité. Sur recours, le Tribunal administratif de Saint-Gall a délié les médecins de leur secret professionnel à l'égard de l'avocat de la mère pour l'examen des prétentions civiles, mais lui a interdit de communiquer les informations concernées à sa cliente.

Le Tribunal fédéral s'est limité à examiner si l'interdiction faite à l'avocat de communiquer des informations à sa cliente était contraire au droit fédéral. A cet égard, il a rappelé que les avocats étaient soumis à un devoir de loyauté auprès de leur client, qu'ils étaient responsables de l'exécution fidèle et diligente de l'affaire qui leur était confiée (art.398 al.2 CO, ainsi que l'art.12 let. LLCA) et qu'ils devaient, de ce fait, conseiller leur client en lui présentant les options envisageables, les démarches à entreprendre et les chances et risques liés à chacune d'elle. Par ailleurs, les avocats devaient rendre des comptes en tout temps, sur demande, de leur gestion (art.400 al.1 CO)³⁴. Or, selon le Tribunal fédéral, en interdisant à l'avocat de communiquer des informations à sa cliente, l'instance cantonale l'avait empêché de se conformer aux obligations qui lui incombent en vertu du contrat de mandat puisqu'il ne pouvait pas mettre sa cliente en position de donner des instructions ou de révoquer le mandat. L'avocat ne pouvait donc pas remplir sa mission de manière fidèle et diligente, de telle sorte que l'interdiction de communiquer avec sa cliente était contraire au droit fédéral³⁵. Le recours a par conséquent été admis et l'interdiction de communiquer avec la cliente annulée.

31 TF, arrêt du 26.4.1995, 2P.339/1994, SJ 1996 293.

32 En réaction à cet arrêt, BREITSCHMID plaide pour une meilleure prise en compte des interactions familiales et des intérêts des enfants eux-mêmes touchés dans leur santé à cause de la maladie psychique de leurs parents et critique le raisonnement par trop juridique et formaliste du Tribunal fédéral, sans toutefois critiquer le résultat dans le cas concret : BREITSCHMID, 150 ss.

33 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2024.

34 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2024, c.6.2.2.

35 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2024, c.6.2.4.

13

14

IV. Discussion

- 15 L'examen de la jurisprudence montre qu'un accès au dossier médical « médiatisé » a certes été admis, mais avec des applications à géométrie variable. Si les modalités d'accès semblent toujours résulter d'une minutieuse pesée des intérêts dans chaque cas concret, deux leçons peuvent être tirées de la jurisprudence. En premier lieu, les modalités de l'accès médiatisé dépendent de l'intérêt avancé par les proches pour requérir l'accès au dossier médical. Ainsi, l'intérêt à évaluer d'éventuelles prétentions en responsabilité contre un hôpital semble justifier un accès plus large au dossier médical que la conduite d'un processus de deuil. En second lieu, le Tribunal fédéral admet qu'un « médecin de confiance » puisse être autorisé à accéder au dossier médical d'un défunt sans être autorisé à en communiquer le contenu à ses patients, mais rejette cette possibilité pour un avocat chargé d'évaluer l'opportunité de faire valoir des prétentions en responsabilité, une telle interdiction ayant été jugée contraire aux obligations découlant du contrat de mandat et à l'obligation d'exercer avec soin et diligence de l'avocat, et donc au droit fédéral.
- 16 Le raisonnement du Tribunal fédéral selon lequel l'avocat doit pouvoir communiquer sans restriction avec son client peut être comparé à la situation visée par l'art. 156 CPC. En procédure civile, cette disposition permet au tribunal d'ordonner les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers. Pour un certain nombre d'auteurs, cette disposition permettrait à un tribunal d'accorder l'accès à certaines pièces sensibles (par exemple des pièces dont la protection est justifiée par un intérêt commercial important) au seul conseil d'une partie tout en lui interdisant d'en communiquer le contenu à son client³⁶. Si ce procédé a été validé par certaines juridictions, à l'instar du Tribunal fédéral des brevets³⁷, le Tribunal fédéral a quant à lui rejeté à plusieurs reprises ce type de consultations restreintes, au motif que l'avocat ne pouvait pas défendre efficacement son client s'il ne pouvait pas lui révéler le contenu des pièces concernées³⁸. Ramelet, qui se rallie à la position du Tribunal fédéral, remarque de surcroît que la limitation de l'accès aux pièces d'une procédure judiciaire au seul avocat constitue une grave restriction du droit d'être entendu, en ce sens que le justiciable est privé d'une connaissance immédiate du dossier³⁹. L'arrêt du Tribunal fédéral de 2024, qui rejette l'accès au dossier médical exclusivement en faveur de l'avocat, est donc cohérent avec la pratique du Tribunal fédéral, qui paraît au demeurant convaincante.
- 17 A ce stade, la question qui doit être résolue est celle de savoir si la solution retenue récemment par le Tribunal fédéral pour les avocats devrait être appliquée par analogie aux accès médiatisés par les médecins. Comme on l'a vu, dans

36 En ce sens, p. ex. : CR CPC-SCHWEIZER, art. 156 N 14; STÄUBER, 192. Pour une synthèse des différentes opinions à ce sujet : RAMELET, N 818 ss et réf. citées.

37 TFB, arrêt du 14.6.2012, S2012_007, c. 7.

38 ATF 139 IV 294, c.4.5; ATF 146 IV 218, c.3.2.2.

39 RAMELET, N 823 ss.

ce dernier cas de figure, l'accès est donné à un ou plusieurs médecins désignés par les proches, qui peuvent aussi revêtir la qualité de thérapeutes de ces derniers. Leur relation est alors couverte par une relation contractuelle apparentée au mandat (contrat de soins)⁴⁰, comparable d'un point de vue contractuel à la relation qui se noue entre un avocat et son client. Tout comme les avocats, les médecins sont tenus envers leurs patients de la bonne et fidèle exécution du mandat (art.398 al.2) ainsi que d'une obligation de rendre des comptes (art.400 al.1 CO). Ils sont en outre tenus d'exercer leur activité avec soin et conscience professionnelle (art.40 let.a LPMéd).

La décision du Tribunal fédéral d'exclure l'accès médiatisé par l'avocat a été en particulier motivée par le fait qu'une interdiction de communiquer avec le client empêchait ce dernier de le mettre dans une position lui permettant de donner des instructions à son mandataire ou de révoquer le mandat⁴¹. Pour évaluer l'impact de cette décision sur l'accès médiatisé par le médecin, il faut donc déterminer si l'interdiction faite à un médecin de communiquer le contenu du dossier médical d'un défunt à ses proches est contraire aux obligations du médecin et entrave de manière inadmissible les droits de ceux qui l'ont mandaté.

Au cours des dernières décennies, les relations patient-médecin ont évolué d'un modèle vertical, empreint de paternalisme et de savoir médical exclusif, vers un modèle tendant à plus d'horizontalité, axé sur un modèle partenarial⁴². Juridiquement, cette tendance s'est notamment traduite par une obligation d'information renforcée au bénéfice du patient, afin qu'il puisse prendre des décisions thérapeutiques libres et éclairées. Les contours de cette information médicale ont été progressivement définis et étendus par la jurisprudence⁴³.

Si la remise d'une copie du dossier médical est aujourd'hui largement admise dans son principe⁴⁴, des discussions subsistent par exemple pour savoir si le médecin peut s'abstenir de communiquer au patient des informations qui risqueraient de susciter chez lui un état d'appréhension préjudiciable (ex.: diagnostic fatal). Cette exception à l'information, connue sous le nom de «privilege thérapeutique», a été admise pour la première fois par le Tribunal fédéral en 1979⁴⁵.

40 AEBI-MÜLLER *et al.*, N 171, 185; GUILLOD/ERARD, N 284, 296.

41 TF, arrêt du 5.1.2024, 2C_683/2024, c.6.2.4.

42 GUILLOD/ERARD, N 347; AEBI-MÜLLER *et al.*, N 256 ss.

43 Selon la formule désormais consacrée par le Tribunal fédéral, «le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance» (ATF 133 III 121, c.4.1.2).

44 Le droit à la remise d'une copie du dossier médical découle d'ailleurs du droit d'accès consacré par l'art.25 de la loi fédérale sur la protection des données lorsque le responsable du traitement est une personne privée ou un organe public fédéral, ainsi que de nombreuses lois cantonales sanitaires, à l'instar de l'art.24 de la loi vaudoise sur la santé publique, RSV 800.01.

45 ATF 105 II 284, 288, JdT 1980 I 169. Elle a ensuite été répétée à plusieurs reprises, généralement à titre d'*obiter dictum*: ATF 108 II 59, c.2; ATF 113 Ib 420, c.6. Elle n'est toutefois plus évoquée comme exemple dans les arrêts plus récents, p. ex.: ATF 133 III 121, c.4.1.2.

Elle a cependant été critiquée par la doctrine, qui y voit une atteinte grave à l'autodétermination puisque le défaut d'information prive les patients de prendre des décisions éclairées⁴⁶.

21 L'accès aux données du dossier médical qui concernent des tiers, et non le patient directement, présente toutefois des enjeux différents. En pratique, il n'est en effet pas rare que le dossier médical d'un patient soit alimenté avec des données concernant des tiers, en particulier des proches (historique familial, maladies génétiques, renseignements pris auprès de proches). De telles informations peuvent se retrouver dans le dossier médical du patient après avoir été communiquées au médecin par le patient lui-même, mais elles peuvent aussi avoir été collectées directement auprès des tiers. Comme le secret professionnel (médical) devrait selon l'opinion soutenue ici s'étendre aux tiers pour les faits qui les concernent⁴⁷, les informations collectées directement par le médecin auprès de tiers ne peuvent être communiquées au patient qui requiert l'accès à son dossier médical qu'avec le consentement des tiers concernés. A défaut, ces informations devraient être écartées ou anonymisées⁴⁸. Cela équivaut du reste à une restriction du droit d'accès au sens de l'art. 26 al. 1 LPD, dans l'hypothèse où cette loi s'applique⁴⁹.

22 La limitation d'accès aux faits qui concernent des tiers n'apparaissent pas comme incompatibles avec les obligations du médecin. S'il reste important de traiter chaque situation à la lumière des circonstances particulières, l'obligation de fidélité du médecin ou son obligation de rendre des comptes (art. 398 al. 2 et 400 al. 1 CO), ainsi que son devoir d'exercer avec soin et conscience professionnelle (art. 40 let. a LPMéd) n'interdisent pas au médecin de taire au patient des informations relatives à des tiers. En effet, contrairement au client d'un avocat, le patient est dans une moindre mesure tributaire de ce type d'informations pour prendre des décisions thérapeutiques éclairées et pour instruire son médecin⁵⁰. Cette conclusion s'applique également aux situations où un thérapeute, notamment un psychologue, est autorisé par la commission de levée du secret professionnel à accéder au dossier médical d'un proche décédé du patient pour mieux accompagner ce dernier dans son processus de guérison. Taire au patient les informations qui figurent dans le dossier médical du proche n'affecte pas directement l'étendue du devoir d'information du médecin tel que défini par la jurisprudence, qui doit entre autres porter sur le diagnostic, la thérapie ou le pronostic (*supra* N 19). En ce sens, la capacité du patient à prendre des décisions libres

46 GUILLOD/ERARD, N 376; DEVAUD, 190 ss et réf. citées.

47 Cf. *supra* N 5, n. 7.

48 On notera que l'anonymisation par caviardage présente des défis certains, d'autant plus lorsque les informations concernent des proches. L'anonymisation doit par conséquent être maniée avec la plus grande précaution.

49 Conformément à l'art. 2 al. 1 LPD, la LPD s'applique aux traitements de données personnelles effectués par les personnes privées et les organes publics fédéraux. Les traitements de données effectués par les organes publics cantonaux, à l'instar des hôpitaux publics cantonaux, sont régis par les lois cantonales sur la protection des données.

50 ERARD, Swissprivacy.

et éclairées pour sa santé n'est en principe pas affectée par le fait que le thérapeute taise des informations liées à des tiers, même si l'on ne saurait exclure que cette asymétrie d'information puisse affecter le lien de confiance entre thérapeute et patient.

En définitive, l'arrêt du Tribunal fédéral qui exclut l'interdiction faite à l'avocat intermédiaire de communiquer avec son client ne devrait pas être appliqué par analogie aux médecins. L'accès aux dossiers médicaux de défunts par l'intermédiaire d'un médecin doit donc rester possible, aux conditions posées par la jurisprudence. La suppression de cette voie générerait d'ailleurs des effets contre-productifs. Compte tenu de l'importance de préserver le secret professionnel après la mort, dans l'intérêt public, la limitation de la marge de manœuvre en termes de modalité d'accès inciterait vraisemblablement les autorités compétentes à refuser tout accès plutôt qu'à autoriser un accès direct aux proches (modèle du « tout ou rien »). Ces derniers seraient alors tentés d'ouvrir des actions judiciaires dans le seul but d'accéder au dossier pour prendre connaissance d'informations devenues inaccessibles. Enfin, une fermeture trop stricte du dossier médical à l'égard de proches intimement liés au défunt pourrait constituer une ingérence injustifiée au droit à la vie privée et familiale protégée par l'art.8 CEDH, disposition sur laquelle s'est fondé le Tribunal fédéral pour reconnaître un droit propre d'accès aux proches en 1995⁵¹.

On peut certes regretter l'absence de cadre législatif plus précis quant à l'accès de données personnelles de personnes décédées à l'échelon fédéral. Dans le cadre de la révision de la LPD, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023, le Conseil fédéral avait proposé l'introduction d'une disposition spécifique concernant l'accès aux données de personnes décédées, qui devait notamment permettre aux personnes réclamant un accès de saisir elles-mêmes la commission de levée du secret professionnel si les données étaient couvertes par un tel secret⁵². La proposition a toutefois été balayée par l'Assemblée fédérale, le législateur ayant estimé de manière laconique et pour le moins surprenante que les règles du Code civil en matière de droit successoral suffisaient à régler cette question⁵³.

V. Conclusion

Malgré les apparences, deux situations juridiques pourtant semblables – ici deux cadres contractuels similaires – appellent des conclusions opposées: l'accès médiatisé au dossier médical par le seul avocat est – à juste titre – inadmissible, alors qu'il devrait rester possible lorsqu'il intervient par l'entremise d'un médecin. Mais ce constat est bien sûr donné au lecteur ou à la lectrice avec toutes les précautions d'usage. Chaque situation exige une analyse fine et, en l'absence d'un cadre légal clair, les autorités appelées à trancher doivent bénéficier d'une marge

51 TF, arrêt du 7.11.2006, 4C.111/2006; cf. *supra* N 10.

52 Art.16 du Projet de révision LPD, FF 2017 6803.

53 BO 2019 N 1799, 1805, 1809; BO 2019 E 1242. ROUILLER/EPINEY, 19. Voir aussi l'analyse de FERRIN/EGGIMANN, 884 ss, selon qui l'absence de disposition dans la LPD révisée ne constitue pas une lacune proprement dite excluant tout accès par les héritiers, mais bien plutôt une lacune que le juge sera mené à combler conformément au mécanisme prévu par l'art. 1 CC.

de manœuvre importante pour préserver l'ensemble des intérêts en jeu, que ce soit la protection du secret médical après la mort (qui vise en premier lieu à garantir aux patients qu'ils peuvent librement parler à leur médecin de leur vivant) ou l'intérêt légitime des proches de connaître les détails des dernières heures d'un être aimé. Les solutions toutes faites doivent être évitées, au risque de déclencher des conséquences inattendues, en l'occurrence l'augmentation prévisible des refus d'accès aux dossiers médicaux par les commissions de levée du secret professionnel qui seraient privées de solutions nuancées ou encore l'augmentation des procédures judiciaires pourtant évitables initiées par des proches, dans l'unique but d'accéder à des informations inaccessibles autrement.

26 Alors que ce recueil se veut festif, c'est avec une conscience légèrement coupable que j'offre à Benoît Chappuis ce texte agrémenté de références à la mort. Je tiens donc à le conclure avec ces quelques vers lumineux de Philippe Jaccottet, dont nous sommes tous les deux admirateurs, qui célèbrent la vie :

*Déchire ces ombres enfin comme chiffons,
Vêtu de loques, faux mendiant, coureur de linceuls :
Singer la mort à distance est vergogne,
Avoir peur quand il y aura lieu suffit. A présent,
Habilles-toi d'une fourrure de soleil et sors
Comme un chasseur contre le vent, franchis
Comme une eau fraîche et rapide ta vie.
Si tu avais moins peur,
Tu ne ferais plus d'ombre sur tes pas.*

Philippe Jaccottet