

LE SECRET MEDICAL DANS LE CANTON DU JURA – PORTEE, PROCEDURE ET QUESTIONS PRATIQUES

par

David Cuenat

Conseiller juridique au Service juridique de la République et Canton du Jura¹

« Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra pas être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret. »

Extrait du serment d'HIPPOCRATE

I.	Introduction	7
II.	Notions et distinctions	8
1.	Définitions.....	8
2.	Secret professionnel.....	10
2.1.	Principe	10
2.2.	Titulaires.....	11
3.	Secret de fonction.....	13
3.1.	Principe	13
3.2.	Titulaires.....	14
4.	Rapports entre confrères.....	16
5.	Concours entre secret professionnel et secret de fonction.....	18
5.1.	Controverse.....	18
5.2.	Proposition de solutions.....	19

¹ L'auteur tient à remercier M. Romain Marchand, Chef du Service juridique, et M. Christian Flueckiger, Préposé à la protection des données et à la transparence des cantons du Jura et de Neuchâtel, pour leur relecture attentive et leurs commentaires avisés, ainsi que M. Grégory Vuilleumier, conseiller juridique au Service juridique, pour les fructueuses discussions qu'ils ont eu l'occasion d'avoir sur ce thème, en particulier dans le domaine de la santé scolaire.

6.	Casuistique.....	21
6.1	Hôpital du Jura.....	21
6.2	Clinique Le Noirmont	22
6.3	Centre médico-psychologique.....	23
6.4	Service de santé scolaire	23
6.5	Infirmiers du Centre de puériculture.....	25
6.6	Personnel des institutions de traitement des addictions	26
6.7	Médecin-conseil ou expert.....	27
III.	Levée du secret	27
1.	Consentement du maître du secret.....	28
1.1	Secret professionnel.....	28
1.2	Secret de fonction.....	30
2.	Base légale.....	31
3.	Procédure de levée par l'autorité.....	33
3.1	Qualité pour agir.....	33
3.2	Forme de la requête.....	34
3.3	Autorités compétentes.....	34
3.4	Droit d'être entendu.....	36
3.5	Décision	37
3.6	Voies de droit.....	38
4.	Urgence	40
5.	Patient décédé	41
IV.	Relations avec l'APEA.....	42
1.	Aviser l'APEA.....	42
2.	Collaborer avec l'APEA	44
3.	Cas particulier des mineurs	45
V.	Dénonciation pénale	47
VI.	Tableau récapitulatif.....	49
VII.	Témoignage	49
VIII.	Conclusion.....	50

I. Introduction

A l'aube de la cybersanté², le secret médical conserve plus que jamais une importance décisive. Dans le cadre d'une relation thérapeutique, le patient doit être en mesure de confier des informations relevant de sa sphère intime sans crainte que celles-ci ne soient dévoilées par son soignant. Le secret médical sert également les intérêts des professionnels exerçant dans le domaine de la santé, puisque sans la confidentialité de ces informations, il ne peut exister de relation de confiance entre le patient et le praticien. Enfin, l'intérêt public recommande que certaines professions particulièrement importantes au sein de la société soient réglementées et exercées dans le respect d'un standard minimum de confidentialité.

A l'origine instauré en tant que règle déontologique par le serment d'Hippocrate³, le respect du secret des patients fait l'objet d'une réglementation plus complexe qu'elle n'y paraît. Une éventuelle violation du secret professionnel peut avoir des incidences tant pénales qu'administratives (disciplinaires) ou civiles (droit des obligations). Si diverses dispositions autorisent à certaines conditions la transmission d'informations à une autorité déterminée, d'autres vont jusqu'à instaurer une obligation d'annonce. Les exceptions et les contre-exceptions sont nombreuses. Quid d'un médecin exerçant dans un hôpital public ? Un professionnel de la santé doit-il être délié du secret avant d'aviser une autorité administrative ou pénale ? Quid en cas d'urgence ou lorsque le patient est mineur ?

En tant que référents du Service de la santé publique du canton du Jura, nous avons eu l'occasion de prendre conscience de la diversité et de la complexité des situations pouvant se présenter en pratique. Dans un premier temps, un résumé sur les questions liées au secret médical, respectivement au secret de fonction, avait été élaboré afin de répertorier les grands principes et servir de base au médecin cantonal. Après avoir été soumis à différentes autorités de l'administration jurassienne, ce document avait été publié sur le site du Préposé à la protection des données et à la transparence des cantons du Jura et de Neuchâtel (PPDT-JUNE)⁴ dans sa version du mois d'août 2016. Depuis lors, de nouvelles questions ont nécessité une analyse plus détaillée de certains chapitres, notamment sur des aspects qui n'avaient été que survolés. Ainsi, le document n'a cessé de s'étoffer et son format sommaire et télégraphique n'était plus adapté. Le but de la présente contribution est donc de synthétiser les différentes problématiques liées au secret médical afin de fournir aux professionnels

² La loi fédérale du 19 janvier 2015 sur le dossier électronique du patient (LDEP ; RS 816.1) est entrée en vigueur le 15 avril 2017.

³ La date de sa rédaction est communément estimée au IV^e siècle av. J.-C.

⁴ <https://www.ppdt-june.ch>.

concernés un tour d'horizon le plus complet possible des dispositions fédérales et jurassiennes en la matière.

Ne pouvant prétendre à l'exhaustivité, nous laisserons par exemple de côté le secret professionnel en matière de recherche sur l'être humain (art. 321bis CP) pour nous concentrer sur les questions juridiques fréquentes en pratique. Le chapitre II traitera du secret professionnel (ch. 2) et du secret de fonction (ch. 3), dont nous cernerons les contours dans le domaine de la santé. Nous verrons ainsi que la question du type de secret applicable à un professionnel concerné est parfois ardue à résoudre, en particulier lorsque celui-ci exerce des tâches publiques (ch. 5). Une fois les critères d'analyse posés, un bref tour d'horizon de certains acteurs du système de santé jurassien ne sera pas superflu afin d'identifier le type de secret leur étant applicable (ch. 6). Par la suite, se posera la question de la levée du secret dans le chapitre III. Outre le consentement du patient (ch. 1) et l'éventuelle base légale spécifique autorisant ou obligeant à la transmission de l'information (ch. 2), une attention particulière sera conférée à la procédure de levée du secret devant l'autorité cantonale compétente (ch. 3) avant que ne soit abordés les cas particuliers de l'urgence (ch. 4) et du patient décédé (ch. 5). En raison de leur importance en pratique, l'avis et la collaboration avec l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) seront abordés dans le chapitre IV. La dénonciation à une autorité de poursuite pénale, soit le Ministère public et la police, sera évoquée au chapitre V. Enfin, nous énumérerons sommairement les différentes dispositions procédurales régissant le témoignage en matière pénale et civile dans le chapitre VI.

II. Notions et distinctions

1. Définitions

Avant toute chose, il paraît nécessaire de définir quelques notions générales afin de faciliter la compréhension des chapitres suivants. En outre, précisons que les termes utilisés dans la présente contribution pour désigner des personnes s'appliquent indifféremment aux femmes et aux hommes.

De manière générale, constitue un « secret » tout fait dont la connaissance est réservée à un cercle limité de personnes, dont le caractère confidentiel est voulu par l'intéressé et pour lequel il existe un intérêt légitime au maintien du secret⁵. Le secret doit donc porter sur un fait qui n'est pas notoire ou aisément accessible à tout un chacun⁶. Délimiter ce qui est couvert ou non par le secret peut parfois

⁵ ATF 127 IV 122, consid. 1 = JdT 2002 IV 119.

⁶ Même si le tiers non autorisé connaissait déjà le secret, la révélation peut être punissable si elle a l'effet d'une confirmation de nature à renforcer sa conviction, cf. CORBOZ Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume I, Berne 2010, n° 77 ad art. 321 CP.

s'avérer délicat en pratique. Il est toutefois admis qu'un médecin ne doit pas seulement garder le secret sur ce que le patient lui communique à des fins de diagnostic ou de traitement, mais aussi sur les faits de la sphère privée qu'il lui révèle en tant que confident et soutien psychologique, comme par exemple des difficultés conjugales⁷.

Le terme « secret médical » est synonyme de « secret professionnel » dans le domaine de la santé. Par « maître du secret », on entend le patient qui a confié le secret ainsi que l'éventuel tiers concerné par celui-ci⁸. Quant au « détenteur du secret », il s'agit du professionnel auquel le secret a été confié.

Certains détenteurs du secret seront définis ultérieurement (cf. ch. II 2.2 et 3.2). Bien entendu, la présente contribution se focalisera sur les professions dites « sanitaires », notion qui englobe les cinq professions « médicales », soit les médecins, vétérinaires, dentistes, pharmaciens et chiropraticiens, ainsi que les professions de la santé, dont font par exemple partie les infirmiers (art. 44 à 47 LSan⁹). Les professions médicales sont régies au niveau fédéral par la LPMéd¹⁰ et au niveau cantonal par l'ordonnance du 2 octobre 2007 concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire¹¹ et l'ordonnance du 5 décembre 2006 sur les pharmacies, les produits thérapeutiques et les stupéfiants¹². S'agissant des professions de la santé, elles ne seront bientôt plus laissées à la compétence exclusive des cantons (cf. l'ordonnance du 2 octobre 2007 concernant les professions de la santé¹³). La nouvelle loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan) a été adoptée le 30 septembre 2016 par le Conseil national et le Conseil des Etats au vote final. Selon l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), la consultation sur les ordonnances devrait avoir lieu en automne 2018¹⁴. Vraisemblablement, la LPSan pourrait entrer en vigueur en 2020.

⁷ CORBOZ op. cit., n° 19 à 21 et 24 ad art. 321 CP, et les références citées.

⁸ Au passage, relevons que le secret médical n'est jamais opposable au patient lui-même.

⁹ Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (LSan ; RSJU 810.01).

¹⁰ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (LPMéd ; RS 811.11).

¹¹ RSJU 811.111.

¹² RSJU 812.41.

¹³ RSJU 811.213.

¹⁴ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/berufe-imgesundheitswesen/gesundheitsberufe-der-tertiaerstufe.html>.

2. Secret professionnel

2.1. Principe

La pierre angulaire de la protection du secret professionnel, dit « médical » dans le domaine de la santé, réside dans l'article 321, chiffre 1, CP¹⁵, aux termes duquel les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du CO¹⁶, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études. La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études. Ainsi que cela ressort du texte précité, l'infraction ne se poursuit pas d'office, mais uniquement sur plainte.

En l'absence de dispositions fédérale ou cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (art. 321, ch. 3, CP ; cf. ch. III 2, IV et VI), la révélation ne sera pas punissable dans deux cas (art. 321, ch. 2, CP) :

- si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé (cf. ch. III 1) ;
- si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit (cf. ch. III 3).

Nous n'entendons pas entrer dans le détail des éléments constitutifs de l'infraction, qui sont abordés dans les ouvrages généraux de droit pénal cités dans la présente contribution et auxquels il peut être renvoyé¹⁷. A titre de synthèse, relevons toutefois que la violation suppose bien évidemment l'existence d'un secret (notion définie au ch. II 1). Pour qu'il y ait violation du secret, il faut encore que le patient (maître du secret) ait non seulement un intérêt à ce que celui-ci reste confidentiel, mais également la volonté de ne pas le divulguer. De plus, il faut un lien entre la connaissance du secret et l'exercice de la profession. L'existence d'un mandat n'est donc pas nécessaire, ce qui compte étant que le secret ait été confié en raison de la profession que le destinataire exerce. Enfin, la violation doit être intentionnelle. Le dol éventuel suffit. En revanche, un secret rendu accessible par négligence n'est pas punissable¹⁸.

¹⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

¹⁶ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220).

¹⁷ En particulier, cf. DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI (éd.), *Petit commentaire du Code pénal*, Bâle 2017 (cité ci-après : PC CP).

¹⁸ CORBOZ, op. cit., n° 22, 23, 25 et 27 ad art. 321 CP.

2.2 Titulaires

Les professions concernées sont énumérées de manière exhaustive à l'article 321 CP. Ainsi, cet article n'est pas applicable à une personne qui se serait engagée contractuellement à garder un secret, alors qu'elle n'exerce pas l'une des professions mentionnées¹⁹. Nous nous limiterons ici à examiner les professionnels exerçant une profession sanitaire.

Par « médecin », on entend les personnes qui, ensuite de leur formation dans une haute école de médecine agréée par l'Etat, agissent sur le plan thérapeutique ou simplement posent des diagnostics²⁰. La notion n'est pas limitée aux médecins autorisés à pratiquer en Suisse, mais englobe aussi les médecins étrangers. Il importe peu que le médecin exerce sa profession dans un cabinet indépendant ou qu'il soit employé d'un hôpital, d'une clinique ou d'une permanence.

A côté des médecins, l'article 321 CP cite trois autres professions du domaine de la santé : les dentistes, les pharmaciens et les sages-femmes. Dans chaque cas, la personne doit avoir des connaissances particulières et l'autorisation d'exercer à titre professionnel l'activité mentionnée. Dans sa teneur actuelle, à l'exception des sages-femmes, l'énumération légale ne comprend pas les personnes qui exercent une autre profession de la santé. Il en résulte une lacune dans la protection pénale des secrets relatifs à la santé, puisque l'article 321 CP ne s'applique pas aux psychothérapeutes, physiothérapeutes ou opticiens non médecins qui exercent leur activité économique privée sous leur propre responsabilité professionnelle, sans suivre les instructions d'un médecin ; il ne s'applique pas non plus à une personne qui, sans diplôme médical, pratique une médecine alternative, ni aux travailleurs sociaux ou aux employés de l'assurance²¹. Cette lacune est toutefois comblée par certaines dispositions spécifiques (p. ex. art. 3c, al. 4, LStup²²) ainsi que par le droit disciplinaire. En outre, avec l'entrée en vigueur de la future LPSan (cf. ch. II 1), la liste des professions figurant à l'article 321, chiffre 1, 1^{ère} phrase, CP sera complétée afin d'intégrer les professions de la santé suivantes : infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes et ostéopathes. Bien qu'également visées par la LPSan, les sages-femmes ne sont pas concernées par cet ajout puisqu'elles sont déjà mentionnées à l'article 321 CP.

L'article 321 CP mentionne également les « auxiliaires » des personnes exerçant l'une des professions précitées. Dans l'exécution de leur travail, ces subordonnés acquièrent en effet connaissance de certains secrets. Le statut des auxiliaires est

¹⁹ CORBOZ, op. cit., n° 8 ad art. 321 CP.

²⁰ PC CP, n° 17 ad art. 321.

²¹ CORBOZ, op. cit., n° 14 et 15 ad art. 321 CP.

²² Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup ; RS 812.121).

sans importance : ils peuvent être employés ou mandataires, exercer leur activité à titre onéreux ou gratuit²³. De manière générale, l'auxiliaire est toute personne collaborant à titre professionnel avec une personne tenue au secret et qui se trouve par cette activité habituellement en mesure de prendre connaissance de faits confidentiels. Peuvent notamment être considérés comme auxiliaires : le secrétaire d'un médecin, un infirmier, un laborant, le comptable, le personnel d'entretien, un étudiant, un stagiaire, etc.²⁴ L'auxiliaire doit être sous la direction ou la surveillance d'une personne appartenant au corps de l'une des professions énumérées par la disposition de l'article 321 CP lors de l'accomplissement de la tâche²⁵. S'agissant des rapports entre confrères et du secret partagé, il est renvoyé au ch. II 4.

Par ailleurs, le cercle des personnes astreintes au secret peut être étendu par des dispositions spéciales qui déclarent expressément l'article 321 CP applicable à des situations particulières²⁶ (cf. art. 321bis, ch. 1, CP ; art. 3c, al. 4, LStup ; art. 2, al. 1, de la loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse²⁷ ; art. 57 LRH²⁸).

De surcroît, certaines lois fédérales érigent l'observation du secret professionnel en tant que devoir professionnel²⁹. En effet, le droit disciplinaire s'applique indépendamment de la répression pénale³⁰. Citons par exemple l'article 40, lettre f, LPMéd, qui vise les médecins, les médecins-dentistes, les chiropraticiens, les pharmaciens et les vétérinaires, ainsi que l'article 27, lettre e, LPsy³¹. En particulier, le fait que l'article 40, lettre f, LPMéd ne se limite pas à renvoyer à l'article 321 CP est important dans la mesure où les vétérinaires ne figurent pas dans la liste de cette dernière disposition³². Ainsi, un vétérinaire ne pourra pas être poursuivi pénalement pour une éventuelle violation du secret professionnel ; il s'exposera en revanche à une sanction disciplinaire. L'emploi, dans le message de la loi³³, de l'expression « en particulier » pour désigner les prescriptions

²³ CORBOZ, op. cit., n° 16 ad art. 321 CP.

²⁴ MANAI Dominique, *Droits du patient face à la biomédecine*, Berne 2013, p. 134.

²⁵ PC CP, n° 19 ad art. 321.

²⁶ CORBOZ, op. cit., n° 18 ad art. 321 CP.

²⁷ RS 857.5.

²⁸ Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (LRH ; RS 810.30).

²⁹ Pour les médecins, citons également l'article 11 de Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses (FMH).

³⁰ CP PC, n° 64 ad art. 321.

³¹ Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy ; RS 935.81).

³² Cf. SPRUMONT/GUINCHARD/SCHORNO, in : AYER/KIESER/POLEDNA/SPRU-MONT (éd.), *Commentaire LPMéd*, Bâle 2009, n° 77 ad art. 40.

³³ Message du 3 décembre 2004 concernant la LPMéd, FF 2005 157, 212.

applicables en lien avec l'article 40, lettre f, LPMéd, rappelle donc implicitement qu'il existe d'autres dispositions pertinentes que l'article 321 CP. Tel est a priori le cas de l'obligation de garder le secret de l'article 35 LPD³⁴, de l'article 28 CC, qui protège de façon générale les droits de la personnalité, ainsi que de l'article 398, alinéa 2, CO, qui fonde le devoir de discrétion et de secret du mandataire³⁵. Par ailleurs, le secret professionnel sera également érigé en devoir professionnel pour les professions de la santé (art. 11 et 16, let. f, LPSan)³⁶.

En droit jurassien, l'article 53, alinéa 2, LSan soumet au secret professionnel, en tant que devoir professionnel, tout titulaire d'une autorisation d'exercer une profession sanitaire (art. 44 LSan). Il peut en outre être renvoyé aux articles 21 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire et 16 de l'ordonnance concernant les professions de la santé. L'ensemble de ces textes sera révisé prochainement afin de tenir compte, d'une part, des modifications récemment intervenues dans la LPMéd et, d'autre part, de l'introduction prochaine de la LPSan. Sous l'angle pénal, nous sommes d'avis que le droit cantonal ne pourrait pas soumettre au régime pénal de l'article 321 CP des professionnels n'y étant pas expressément nommés. Le pouvoir cantonal de légiférer en la matière se limite en effet aux dispositions en matière d'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (art. 321, ch. 3, CP) et le silence du législateur fédéral quant à certaines professions doit être considéré comme un silence qualifié. Demeure réservée la possibilité d'édicter des sanctions pour des infractions au droit cantonal administratif (art. 335, al. 2, CP).

3. Secret de fonction

3.1 Principe

La présente contribution étant davantage centrée sur le secret médical, le secret de fonction ne sera abordé que sommairement. En particulier, nous n'entrerons pas en détails sur les problématiques liées à la protection des données ou à la transparence, nous contentant de renvoyer aux principes dégagés en la matière³⁷.

La violation du secret de fonction est réprimée par l'article 320 CP, qui vise non seulement à permettre l'accomplissement sans entrave des tâches de l'Etat, mais

³⁴ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

³⁵ SPRUMONT/GUINCHARD/SCHORNO, op. cit., n° 77 ad art. 40 LPMéd.

³⁶ Message du 18 novembre 2015 concernant la LPSan, FF 2015 7925, 7963.

³⁷ Cf. notamment l'article 35 LPD, disposition subsidiaire aux articles 320 et 321 CP, la convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE ; RSJU 170.41), ainsi que les nombreuses indications en la matière disponibles sur le site <https://www.ppdt-june.ch>.

aussi à protéger les intérêts des personnes touchées par cette activité³⁸. Selon cette disposition, celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin (ch. 1). En revanche, la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (ch. 2).

Par ailleurs, il n'y a pas de violation du secret de fonction par négligence et l'infraction est intentionnelle (mais le dol éventuel suffit)³⁹. A la différence du secret professionnel, la violation du secret de fonction se poursuit d'office (et non sur plainte).

Enfin, le secret de fonction résulte de la situation particulière du membre de l'autorité, respectivement du fonctionnaire. Une violation de l'article 320 CP suppose, tout comme pour le secret professionnel, que le membre de l'autorité ou le fonctionnaire ait appris le secret en raison de sa fonction officielle⁴⁰. Une base légale spéciale, non pénale, n'est pas nécessaire dans la législation déterminant l'exercice de la fonction⁴¹. Ainsi, l'article 25 LPer⁴², qui porte sur le secret de fonction en tant que devoir des employés de l'Etat jurassien, n'est pas indispensable pour que s'applique l'article 320 CP.

3.2 Titulaires

L'infraction ne peut être commise que par un membre d'une autorité ou un fonctionnaire. Par « membre d'une autorité », il faut entendre une personne physique qui exerce, individuellement ou au sein d'un collège, l'un des trois pouvoirs de l'Etat (pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire). Il peut s'agir d'un organe qui n'est investi que d'une parcelle de l'un des trois pouvoirs, par exemple une commission scolaire. Le membre d'une autorité se distingue du fonctionnaire par le fait qu'il n'agit pas dans une position subordonnée. La notion de

³⁸ Le Tribunal fédéral a ainsi admis la qualité de lésé au particulier atteint dans sa sphère privée par la violation d'un secret de fonction (PC CP, n° 3 ad art. 320 et les références citées ; CORBOZ, op. cit., 3 ad art. 320 CP).

³⁹ PC CP, n° 33 ad art. 320.

⁴⁰ CORBOZ, op. cit., n° 17 ad art. 320 CP.

⁴¹ ATF 142 IV 65, consid. 5.2 = JdT 2016 IV 362.

⁴² Selon l'article 25 de la loi du 22 septembre 2010 sur le personnel de l'Etat (LPer ; RSJU 173.11), il est interdit à l'employé de divulguer des faits dont il a eu connaissance dans l'accomplissement de son travail et qui doivent rester secrets en raison de leur nature, des circonstances ou d'instructions spéciales (al. 1). Dans les mêmes limites, il lui est interdit de communiquer à des tiers ou de conserver par-devers lui, en original ou en copie, des documents de service (al. 2). Ces obligations subsistent après la fin des rapports de service (al. 3).

« fonctionnaire » est définie à l'article 110, alinéa 3, CP⁴³. Le concept est large : il englobe aussi bien les fonctionnaires au sens du droit public que les employés publics et même des personnes qui travaillent sur la base d'un contrat de droit privé. La qualification de fonctionnaire ne dépend donc pas de la nature de la relation de travail (droit privé ou droit public), le critère essentiel résidant dans l'exercice d'une tâche de droit public⁴⁴.

Malgré les considérations qui précèdent, il est parfois délicat de délimiter le champ d'application du secret de fonction. On pense notamment à certaines entités paraétatiques ainsi qu'à des organismes privés ayant conclu des contrats de prestations avec l'Etat, telles que des fondations. A titre comparatif, la CPDT-JUNE s'applique, en vertu de son article 2, aux autorités législatives, exécutives, administratives et judiciaires cantonales, et aux organes qui en dépendent (let. a), aux communes et aux organes qui en dépendent (let. b), aux collectivités et établissements de droit public cantonaux et communaux (let. c), aux personnes physiques et morales et aux groupements de personnes de droit privé qui accomplissent des tâches d'intérêt public ou déléguées par une entité au sens des lettres a à c (let. d), ainsi qu'aux institutions, établissements ou sociétés de droit privé ou de droit public cantonal dans lesquels une ou plusieurs entités au sens des lettres a à c disposent ensemble au moins d'une participation majoritaire, dans la mesure où ils accomplissent des tâches d'intérêt public (let. e). Les entités qui n'entrent pas dans l'une de ces catégories sont soumises à la LPD et à la surveillance du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PF PDT). Dans un avis du 22 juillet 2016, le PPDT-JUNE est revenu sur la notion de « tâches publiques ». Elle signifie que l'employeur (quelle que soit la forme juridique) doit être obligé par la Constitution, une loi ou par délégation (mandat de prestations), à effectuer durablement une activité, et non pas se limiter à la tolérer ou à s'en abstenir. Aucune tâche publique n'est déléguée si l'administration se procure les moyens nécessaires pour accomplir ses tâches publiques auprès de personnes privées. Par exemple, une entreprise construisant une école ou livrant des fournitures de bureau n'accomplit pas une tâche publique. Les critères suivants ne sont pas pertinents pour déterminer s'il s'agit ou non d'une tâche publique : forme de l'organisation, forme des prestations, régime en matière de responsabilité, obligation de tenir compte des droits fondamentaux, octroi de subventions, pilotage de l'Etat, surveillance de l'Etat, initiative étatique ou privée, concurrence, subsidiarité de l'accomplissement de la

⁴³ Aux termes de l'article 110, alinéa 3, CP, par « fonctionnaire », on entend les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire.

⁴⁴ PC CP, n° 11 ad art. 320 ; MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, 2011, n° 102 ; CORBOZ, op. cit., n° 7 et 8 ad art. 320 CP.

tâche, ou concession. De plus, une entreprise en main exclusive de collectivités publiques n'accomplit pas forcément une tâche d'intérêt public. Enfin, la notion de tâches de droit public a également été reprise pour distinguer deux catégories de subventions, à savoir les indemnités et les aides financières (art. 4 LSubv⁴⁵) ; ainsi, le PPDT-JUNE parvient à la conclusion que les entités figurant dans l'inventaire des indemnités établi périodiquement par l'Etat sont soumises à la CPDT-JUNE⁴⁶.

Au vu des éléments qui précèdent, en particulier de la notion de tâche d'intérêt public qui constitue le critère permettant l'assimilation au statut de fonctionnaire (art. 110, al. 3, et 320 CP), nous sommes d'avis que le champ d'application de la CPDT-JUNE se confond avec celui du secret de fonction. Ainsi, toute personne exerçant une tâche publique au sein d'une entité soumise à la CPDT-JUNE est soumise au secret de fonction. Selon cette conception, le champ d'application du secret de fonction se superpose donc avec celui de la protection des données en droit jurassien, ce qui offre une solution claire et utile en pratique⁴⁷.

4. Rapports entre confrères

De manière générale, le secret professionnel s'applique également entre personnes y étant soumises. Ainsi, un médecin ne saurait transmettre à l'un de ses confrères l'anamnèse d'un patient sans le consentement de ce dernier, même lorsque le destinataire des informations a été chargé d'une expertise judiciaire⁴⁸. Le fait que la transmission d'informations médicales soit faite dans l'intérêt du patient ne saurait être considéré comme une forme d'accord tacite de celui-ci⁴⁹.

En revanche, la notion de secret partagé est admise dans la pratique d'équipes soignantes reconnaissables par le patient. Ainsi, il paraît possible pour le médecin de transmettre des informations protégées par le secret professionnel à d'autres

⁴⁵ Loi du 29 octobre 2008 sur les subventions (LSubv ; RSJU 621).

⁴⁶ Avis du PPDT-JUNE 2016.1470 publié le 22 juillet 2016, ainsi que FLUECKIGER Christian, Principes généraux de la protection des données et communications transfrontière dans le cadre des relations de travail, in : La protection des données dans les relations de travail, Genève 2017, p. 4 ss et les références citées.

⁴⁷ Une liste non exhaustive des entités soumises à la CPDT-JUNE figure à titre indicatif sur le site du PPDT-JUNE à l'adresse suivante : <https://www.ppdt-june.ch/fr/Documentation/Themes-A-Z/Entite-personnes-concernees/Entites-et-personnes-concernees.html#listes>. Il est précisé que la présence d'une entité dans la liste peut être remise en cause dans un cas concret.

⁴⁸ Jugement du Bezirksgericht d'Uster du 20 mars 1996, RSJ 1997, n° 22, p. 266 et Jugement du Kantonsgericht de Zurich du 23 mai 2005, ZR 2005, n° 74, cités in : BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 9. Cf. également MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2047.

⁴⁹ FAVRE/PELET/STOUDMANN, Code pénal annoté, 3ème éd., Lausanne 2011, n° 2.1 ad art. 321.

soignants directement impliqués dans les soins du patient. Il faut toutefois que ces informations soient nécessaires à la prise en charge appropriée du patient concerné⁵⁰. C'est par exemple le cas du médecin exerçant à l'Hôpital du Jura ou dans un cabinet pluridisciplinaire⁵¹. De plus, il peut transmettre des éléments à ses auxiliaires, dans l'organisation de son travail⁵². Dans ce cadre, le consentement du patient est alors considéré comme étant tacite⁵³. En pratique, l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM) et la FMH recommandent aux médecins travaillant dans un cabinet médical de demander à leurs auxiliaires un engagement écrit au secret ; cette précision est notamment intégrée dans le contrat type pour les assistants médicaux, mais est également judicieuse en ce qui concerne le personnel d'entretien, le comptable et la personne en charge de l'informatique du cabinet⁵⁴.

Dans la collaboration interprofessionnelle, il convient de préciser que la sanction est individuelle, tant sous l'angle de la responsabilité pénale qu'administrative. Ainsi, nous estimons qu'un médecin ne pourra pas être tenu responsable d'une violation du secret professionnel commise par son secrétariat, à moins qu'un comportement fautif ou une négligence coupable puisse lui être reproché par négligence, par exemple la violation d'un devoir direct de surveillance qu'il lui incombait ou des instructions de classement lacunaires ou imprécises⁵⁵.

S'agissant du secret de fonction, il s'applique également entre personnes y étant soumises. Sans nous étendre sur la question, relevons toutefois que la transmission à l'interne est possible entre collègues dans la même unité administrative ou entre membres d'une autorité collégiale (rapport horizontal)

⁵⁰ DUMOULIN Jean-François, Le secret professionnel des soignants, *Revue suisse de droit de la santé* 2004, p. 26.

⁵¹ Dans une décision du 23 février 2000, la Commission cantonale de la protection des données est parvenue à la conclusion que le système qui prévalait à l'époque au sein des hôpitaux publics jurassiens et qui permettait aux « utilisateurs habilités » d'accéder sans limite aux dossiers médicaux des patients traités dans l'un des sites concernés était illicite et devait être fondamentalement modifié. En effet, on ne saurait déduire du consentement tacite du patient à la communication de renseignements entre médecins participant à son traitement une autorisation générale à la divulgation de ses données médicales (RJJ 2000, p. 107 ss, consid. 3). Cf. également PC CP, n° 31 ad art. 321 CP.

⁵² CORBOZ, op. cit., n° 34 ad art. 321 CP.

⁵³ DUMOULIN, op. cit., p. 26. Cf. toutefois les recommandations du Conseil d'éthique clinique des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), *Limites du secret partagé*, novembre 2013.

⁵⁴ ASSM/FMH, *Bases juridiques pour le quotidien du médecin – Un guide pratique*, 2008, p. 31.

⁵⁵ TF 6B_614/2014 du 1^{er} décembre 2014, consid. 1. Cf. également BURGAT/GUILLOD, *La responsabilité médicale au regard de la collaboration entre les professionnels de la santé - Mandat confié à l'Institut de droit de la santé par l'ASSM*, 2015, p. 23 ss.

ainsi qu'avec des supérieurs hiérarchiques (rapport vertical). Il n'y a ainsi pas de révélation punissable s'il s'agit d'une communication autorisée selon la marche normale du service. Il faut toutefois que le destinataire soit impliqué dans une activité particulière et que ce soit utile. Tel est le cas si l'information est transmise à une personne qui, en raison de sa position officielle, doit traiter de l'affaire, que ce soit dans le cadre d'un rapport hiérarchique, d'une entraide, ou encore parce qu'elle appartient à une autorité de recours ou de surveillance. Doivent bien entendu être réservées les circonstances particulières, comme l'existence d'une procédure pénale ou administrative pendante avec un collègue ou un supérieur, dont le bon déroulement serait entravé par certaines révélations⁵⁶.

5. Concours entre secret professionnel et secret de fonction

5.1 Controverse

Il existe une controverse doctrinale s'agissant du type de secret applicable aux professionnels exerçant des tâches de droit public dans le domaine de la santé, tels que les médecins employés par un hôpital public ou par une prison⁵⁷. Le Tribunal fédéral n'a jamais formellement tranché la question du concours entre les articles 320 et 321 CP. On peut certes citer l'ATF 118 II 254, mais sa portée est limitée et ne saurait être généralisée à notre sens⁵⁸. Par la suite, le Tribunal fédéral a évoqué la question sans véritablement qu'une jurisprudence claire puisse être dégagée en la matière⁵⁹. En doctrine, trois courants peuvent être relevés :

⁵⁶ TANQUEREL Thierry, in : TANQUEREL/BELLANGER (éd.), *L'administration transparente*, 2002, p. 61 ; CORBOZ, op. cit., n° 33 ad art. 320 CP ; PC CP, n° 27 ad art. 320.

⁵⁷ La présente contribution ne s'étendra pas sur la problématique du secret médical en prison. Cf. toutefois les dispositions cantonales citées au ch. III. 2 ainsi que la note de bas de page n° 115. Il peut en outre être renvoyé à : HIRSIG-VOUILLOZ Madeline, *La responsabilité du médecin – Aspects de droit civil, pénal et administratif*, 2017, p. 210 ss ; LUPU Anca, *Questions pratiques sur le secret médical*, in : RFJ 2015, p. 121 ss, p. 131 ss.

⁵⁸ Dans un arrêt du 2 juillet 1992, notre Haute Cour a considéré que les médecins ayant procédé à des rapports et des actes médicaux relatifs à des internements et des traitements psychiatriques n'étaient pas soumis au secret professionnel mais seulement au secret de fonction (art. 320 CP), au motif que leurs actes n'étaient pas fondés sur une relation de mandat de droit privé et qu'ils agissaient dans l'exercice d'une fonction publique et en exécution de prérogatives étatiques. Toutefois, le statut du patient était particulier puisqu'il s'agissait d'une décision étatique de privation de liberté. En l'occurrence, le Conseil d'Etat du canton de Zurich avait de toute manière, en sa qualité d'autorité hiérarchique supérieure, produit les documents déterminants dans la procédure (ATF 118 II 254 = JdT 1996 I 259, consid. 1b.)

⁵⁹ Par exemple, TF 6S.543/2006 du 20 février 2007, consid. 3 (obiter dictum) ; 2C_361/2012 du 29 septembre 2012, consid. 2.3. En droit cantonal, mentionnons un arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 28 mai 1999, in : RDAF 2000 I 117, 122 (consid. 5).

- Certains auteurs estiment que le secret de fonction l'emporterait sur le secret professionnel. Ainsi, Corboz, se fondant sur l'ATF 118 II 254 précité, estime qu'un médecin employé par un hôpital public ou une prison serait soumis au secret de fonction au sens de l'article 320 CP, et non pas au secret professionnel au sens de l'article 321 CP⁶⁰. Steck semble être du même avis, puisqu'il considère que le devoir d'aviser de l'article 443, alinéa 2, CC⁶¹ vaut aussi pour les médecins des hôpitaux publics et que le concept d'activité officielle doit être interprété largement⁶². Quant à Manaï, il considère que les données personnelles confiées dans le cadre d'un mandat officiel, par un médecin-fonctionnaire, tel que le médecin cantonal, un médecin du Centre Universitaire Romand de médecine légale, un médecin hospitalier ou un expert membre d'une autorité judiciaire ou administrative, sont protégées par le secret de fonction, mais ne se prononce pas sur l'éventuel cumul avec le secret professionnel, la loi sur les établissements hospitaliers genevoise étant claire à ce sujet⁶³.
- Une partie de la doctrine conteste cette interprétation et souhaiterait faire une distinction délicate en soumettant les professionnels concernés au secret professionnel pour ce qui est de leurs activités proprement médicales, respectivement au secret de fonction pour l'aspect administratif et organisationnel⁶⁴.
- Enfin, un troisième courant estime qu'il serait plus prudent pour les professionnels concernés de se faire délier pour les deux types de secret⁶⁵.

5.2 Proposition de solutions

Nous nous rangeons au deuxième courant doctrinal exposé ci-dessus. Il y a concours imparfait entre les articles 320 et 321 CP et le secret professionnel, de

⁶⁰ CORBOZ, op. cit., n° 48 ad art. 320 CP et n° 14 ad art. 321 CP. Cette opinion est reprise par FAVRE/PELET/STOUDMANN, op. cit., n° 1.19 ad art. 321 CP).

⁶¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

⁶² STECK Daniel in : LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), Commentaire du droit de la famille – Protection de l'adulte, Berne 2013, n° 19-20 ad art. 443 CC.

⁶³ MANAÏ, op. cit., p. 135.

⁶⁴ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2047 ; NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (éd.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, 3^{ème} éd., Bâle 2013, n° 9 ad art. 321.

⁶⁵ PELET Odile, Protection de l'adulte : le secret médical ébréché, 28 juin 2012, in : <http://reiso.org/spip.php?article2175>. De cet avis, cf. RÖTHLISBERGER Arthur, Secret médical et secret de fonction, in : RDAF 1982, p. 325ss, p. 328 et 332 ; MIZEL Cédric, Aptitude à la conduite automobile, exigences médicales, procédure d'examen et secret médical, in : PJA 2008, p. 586ss, p. 593.

par sa spécialité, l'emporte sur le secret de fonction dès lors qu'il s'agit d'informations médicales directement liées aux patients. Toutefois, cela n'évince pas le secret de fonction lorsque la révélation ne porte que sur des faits liés à la bonne marche du service, à la diligence d'autres soignants ou aux rapports de travail des collaborateurs engagés dans le service. Cette interprétation est celle préconisée par l'Institut du droit de la santé (IDS). Ainsi, les informations relatives aux patients, en particulier l'intégralité du contenu des dossiers médicaux des patients hospitalisés, sont protégées principalement par le secret professionnel, et non par le secret de fonction. En effet, l'intérêt à protéger la sphère privée du patient est primordial dans ce cadre. L'activité soignante des médecins apparaît comme une activité spéciale par rapport aux activités visées par le secret de fonction, ce dernier s'appliquant toutefois aux informations concernant la marche du service, informations qui ne sont pas consignées dans des dossiers de patients et qui ne font aucune référence personnelle à un patient⁶⁶.

Certes, il n'est pas toujours aisé de distinguer entre les informations couvertes par le secret professionnel de celles soumises au secret de fonction. Par exemple, il est admis que l'existence d'une relation thérapeutique entre un médecin et un patient, de même que le séjour d'un patient dans une clinique, constituent déjà des secrets protégés par l'article 321 CP⁶⁷. Afin de faciliter la distinction en pratique, nous proposons que la protection du secret professionnel ne se limite pas aux informations nécessaires au traitement, mais couvre également les données personnelles du patient, les informations concernant ses proches, sa situation familiale et professionnelle, ainsi que d'autres difficultés personnelles. En effet, ces faits, qui relèvent de la sphère privée du patient, sont révélés au médecin en tant que confident et soutien psychologique, de la même manière que pour un médecin qui exercerait uniquement à titre privé⁶⁸. A notre sens, l'intérêt du patient prime dans ce cas l'intérêt de l'Etat, bien que le secret de fonction vise également à sauvegarder les intérêts de personnes touchées par l'activité de l'Etat. A titre d'exemple, dans l'hypothèse d'une révélation, par un élève à l'infirmier scolaire, d'abus domestiques, l'information est selon nous soumise au secret professionnel. Dès lors, le secret de fonction ne s'appliquerait ici que dans de rares cas, à savoir lorsque l'information ne fait pas directement référence à un patient.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où des dossiers de patients seraient transmis à des tiers dans des buts sans lien aucun avec les soins à donner à ces derniers, mais par exemple pour le contrôle de qualité des prestations fournies par l'hôpital,

⁶⁶ BRUNNER/AMEY, Avis de droit - Questions en lien avec le secret professionnel et le secret de fonction et le signalement à l'APEA - Mandat confié à l'IDS par le Service de la santé publique du canton du Jura, février 2015, p. 14 à 16.

⁶⁷ DUMOULIN, op. cit., p. 26.

⁶⁸ CORBOZ, op. cit., n° 24 et 27 ad art. 321 CP.

l'IDS serait exceptionnellement enclin à appliquer concurremment les articles 320 et 321 CP à une telle transmission⁶⁹.

Enfin, précisons que le médecin occupé dans un service public n'a jamais besoin d'être délié du secret de fonction pour renseigner le malade lui-même, ni, avec l'accord du patient, ses proches, d'autres intervenants du domaine des soins ou l'assureur prenant en charge le coût du traitement⁷⁰.

6. Casuistique

6.1 Hôpital du Jura

L'Hôpital du Jura (H-JU) est un établissement cantonal de droit public qui gère comme une seule entreprise les sites qui lui sont rattachés (art. 27, al. 1, LEH⁷¹). Il a la personnalité juridique. Si la gestion du système hospitalier lui a été confiée par l'Etat (art. 26, al. 3, Cst.-JU⁷²), cela n'enlève rien au caractère étatique des tâches assumées dans le domaine de la santé par un hôpital public⁷³. Par conséquent, les médecins employés au sein de l'H-JU doivent être considérés comme des fonctionnaires au sens de l'article 320 CP. Ils sont ainsi soumis au secret de fonction.

Hormis pour l'activité de médecin-chef et de médecin-chef adjoint, les médecins de l'H-JU ne sont pas tenus de requérir une autorisation de pratiquer. Il incombe ainsi à l'établissement hospitalier de s'assurer que les médecins qu'il engage respectent les conditions de formation, sont enregistrés au registre des professions médicales universitaires et disposent des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de la profession (art. 33a LPMéd). Lorsqu'ils satisfont à ces conditions, les médecins de l'H-JU sont également soumis au secret professionnel conformément à l'article 321 CP.

Comme déjà indiqué (cf. ch. II 5.2), nous considérons qu'il y a concours imparfait entre les articles 320 et 321 CP pour les médecins de l'H-JU. Ainsi, le secret professionnel s'applique à l'égard du contenu des dossiers médicaux des patients dont ils assument la prise en charge thérapeutique. Ces médecins sont en revanche soumis au secret de fonction pour les informations relevant de la marche de l'établissement et qui ne font pas de référence personnelle à la situation thérapeutique d'un patient particulier.

⁶⁹ BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 14 à 16.

⁷⁰ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2047.

⁷¹ Loi du 26 octobre 2011 sur les établissements hospitaliers (LEH ; RSJU 810.11).

⁷² Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (RSJU 101).

⁷³ RJJ 1999, p. 85ss, consid. 4a et les références citées.

6.2 Clinique Le Noirmont

La Clinique Le Noirmont, également connue sous le nom de Villa Roc-Montès, est un établissement de soins constitué sous la forme d'une société coopérative de droit privé. Elle dispose d'une autorisation d'exploiter un établissement hospitalier (art. 19 ss LEH) et répond du dommage que ses médecins et son personnel causent illicitement dans l'exercice de leur profession (art. 42, al. 1, let. c, LEH). Dans le cadre de la planification hospitalière, l'établissement a conclu un mandat de prestations avec les cantons du Jura, de Neuchâtel, de Berne, de Bâle-Campagne et de Bâle-Ville. Enfin, la grande majorité des séjours est financée par l'assurance obligatoire des soins⁷⁴.

S'il ne fait pas de doute que les médecins de la Clinique Le Noirmont sont soumis au secret professionnel, la question de savoir si les médecins d'un hôpital privé sont également soumis au secret de fonction (art. 320 CP) ou à un devoir de discrétion (tel que l'art. 35 LPD) est plus délicate à trancher. La doctrine admet qu'un médecin qui exerce au sein d'un hôpital privé sur la base d'un mandat de prestations avec le canton peut être qualifié de fonctionnaire en raison de la tâche publique accomplie par cet hôpital⁷⁵. En outre, la Clinique accomplit des prestations stationnaires à la charge de l'assurance obligatoire des soins, ce qui peut déjà, en tant que tel, être considéré comme une tâche publique, indépendamment de la forme juridique et des propriétaires de l'institution⁷⁶. En effet, l'obligation d'admettre des patients à certaines conditions ou l'obligation de fournir les prestations prévues par un mandat de prestations participent à la concrétisation d'une tâche publique⁷⁷. Au vu de ces éléments, nous considérons, d'une part, que la Clinique Le Noirmont est soumise à la CPDT-JUNE⁷⁸ et, d'autre part, que le secret de fonction s'applique à son personnel pour ce qui a trait au fonctionnement de l'établissement (cf. le raisonnement exposé à ce sujet au ch. II 3.2).

En définitive, le régime applicable aux médecins de la Clinique Le Noirmont est le même que pour les médecins de l'PH-JU.

⁷⁴ ZUBER Martin, Application du droit des patients dans une clinique de réadaptation, à l'exemple de la Clinique Le Noirmont, Mémoire de master en droit de la santé, 2017, p. 14 et 44, notes de bas de page n° 15 et 148.

⁷⁵ RÜTSCHÉ Bernhard, Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler / Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, Zurich 2012, cité in : BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 16. Cf. également AEBI-MÜLLER/FELLMANN/ GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, *Arztrecht*, Berne 2016, n° 70.

⁷⁶ ZUBER, op. cit., p. 14, notes de bas de page n° 15 et les références citées.

⁷⁷ Message du 3 juillet 2013 concernant la modification de la LPMéd, FF 2013 5583, 5601.

⁷⁸ Elle figure d'ailleurs dans la liste indicative sur le site du PPDT-JUNE, cf. note de bas de page n° 47 de la présente contribution.

6.3 Centre médico-psychologique

Le Centre médico-psychologique (CMP) est un établissement cantonal sans personnalité juridique⁷⁹. Bien qu'ayant un statut que l'on peut qualifier d'hybride, le droit cantonal prescrit un cadre public au CMP⁸⁰. D'un point de vue administratif, le CMP est un « sous-service » de l'Etat, en l'occurrence du Service de la santé publique. Ses employés sont engagés par contrat de droit public. De plus, le CMP est inscrit sur la liste des établissements hospitaliers répertoriés.

Au vu de ces éléments, nous sommes d'avis que les médecins et les psychologues du CMP sont également soumis au secret de fonction pour les faits ne relevant pas du secret professionnel. Le raisonnement quant au type de secret applicable est identique à celui des médecins de l'H-JU.

6.4 Service de santé scolaire

Conformément à l'article 3 de l'ordonnance du 5 décembre 2000 concernant le service de santé scolaire⁸¹, celui-ci vise à promouvoir la santé et prévenir les problèmes de santé dans le milieu scolaire, protéger la santé des élèves, des enseignants et du personnel des écoles, ainsi que maintenir un environnement scolaire favorable au développement et à la santé des élèves. L'article 10 précise qu'il est un service auxiliaire de l'école (al. 1) et que les autorités et personnes chargées du service de santé scolaire exercent une fonction publique (al. 3). Les médecins scolaires et les infirmiers scolaires, qui doivent être titulaires d'une autorisation de pratiquer, sont engagés par le Gouvernement (art. 13, al. 1 et 3).

Selon l'article 30 de l'ordonnance précitée, les autorités scolaires, le médecin et l'infirmier scolaires ainsi que les enseignants sont tenus au secret de fonction par rapport à toutes les informations ayant trait à l'état de santé des élèves. Cette disposition a été l'objet de différentes interprétations en pratique. A l'époque de sa rédaction, il semble que l'interprétation qui prévalait dans le canton du Jura était que le secret de fonction l'emporterait sur le secret professionnel pour les médecins exerçant des tâches publiques, en particulier ceux de l'H-JU (cf. la première approche doctrinale sous ch. II 5.1). Ce n'est plus le cas aujourd'hui, de sorte qu'il est permis de relativiser la portée de cette disposition sous l'angle de l'interprétation historique.

⁷⁹ Cf. les articles 37 LEH et 4, alinéa 1, de l'ordonnance concernant les unités de soins psychiatriques (RSJU 810.511.1), qui s'applique par renvoi de l'article 44 de l'ordonnance du 20 mars 2012 sur les établissements hospitaliers (OEH ; RSJU 810.111).

⁸⁰ Cf. notamment les articles 4, 5, 6, 7 et 12 l'ordonnance concernant les unités de soins psychiatriques.

⁸¹ RSJU 410.71.

A notre sens, il est douteux qu'une ordonnance cantonale puisse écarter le secret professionnel de médecins soumis à l'article 321 CP. Même si le service de santé scolaire est fréquemment amené à traiter de problématiques personnelles n'étant pas de nature purement thérapeutique (par exemple, violences domestiques, contraintes sexuelles, interruptions volontaires de grossesse, etc.), les confessions d'élèves intervenues dans ce type de situations découlent de la qualité particulière du confident, qui intervient avant toute chose en tant que médecin, respectivement d'infirmier, et non d'employé de l'Etat⁸². En raison de la confiance habituellement placée en des professionnels du domaine de santé, le service de santé scolaire est ainsi dans une situation privilégiée par rapport aux autorités scolaires et aux enseignants⁸³. Sous cet angle, il serait choquant que seul le secret de fonction soit applicable et que les médecins et les infirmiers scolaires soient soumis au même régime que les enseignants, à savoir une obligation d'annoncer à l'autorité qui leur ferait perdre cette position particulière de confident de l'élève dans des circonstances problématiques ou douloureuses (il sera revenu ci-après sur l'obligation d'aviser, en particulier, s'agissant de mineurs, cf. ch. IV 3). Selon nous, la portée de l'article 30, alinéa 1, de l'ordonnance concernant le service de santé scolaire devrait donc se limiter à rappeler que les médecins et infirmiers scolaires sont également soumis au secret de fonction en tant qu'employés d'Etat, notamment pour les faits qui ressortissent à l'organisation du service ou de l'école. Quoi qu'il en soit, une révision de la LSan et de l'ordonnance sur le service de santé scolaire est actuellement en cours. Elle devrait notamment permettre de clarifier la question du secret pour le service de santé scolaire.

S'agissant plus particulièrement des infirmiers scolaires, ils doivent, tout comme les médecins scolaires, avoir une autorisation de pratiquer (art. 13, al. 3, de l'ordonnance sur le service de santé scolaire). De manière générale, les infirmiers scolaires exercent de manière autonome leurs tâches (cf. notamment l'art. 14), sans surveillance ou supervision des médecins scolaires. Seules quelques rares tâches doivent être effectuées sous la responsabilité du médecin scolaire, telles que les vaccinations d'élèves (art. 14, al. 2, let. e) et l'inscription des contrôles des élèves dans les dossiers-santé (art. 25, al. 1). Il est donc douteux que les infirmiers scolaires puissent être

⁸² La situation est donc différente du médecin prononçant un placement à fin d'assistance, qui rend alors une décision administrative (ATF 118 II 254).

⁸³ Du même avis, cf. GUILLOD/WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs ?, in : Jusletter 13 août 2007, n° 86, qui relèvent en particulier que la consultation, par un élève, d'un médecin scolaire ou d'un infirmier scolaire intervient à une occasion précise, en général importante pour lui et de nature privée. L'élève effectue le plus souvent la démarche seul, ce qui favorise les confidences. Une relation privilégiée se met en place, une fois la confiance du mineur gagnée.

assimilés à des auxiliaires au sens de l'article 321 CP⁸⁴. Même si la qualité d'auxiliaire devait leur être niée, il conviendrait de toute manière de formuler une exception en matière d'annonce à l'APEA (art. 443 CC ; cf. ch. IV 1). Dans ce cadre, l'autonomie des infirmiers scolaires doit être niée, puisque la décision d'aviser l'APEA est prise de concert avec un médecin scolaire, en application des articles 15, alinéa 5, 27 et 28 de l'ordonnance concernant le service de santé scolaire. Pour l'accomplissement de cette tâche particulière, nous pouvons donc admettre la qualité d'auxiliaire des infirmiers scolaires, de sorte que les articles 321 CP et 443, alinéa 1, CC, leur sont alors applicables. Une telle solution s'impose également en vertu de la qualité de confident des infirmiers scolaires, déjà exposée ci-dessus. Admettre l'inverse impliquerait une obligation d'aviser l'APEA à charge des infirmiers scolaires (art. 443, al. 2, CC) ; cas échéant, il pourrait encore être considéré que le fait de saisir un médecin scolaire satisfait à leur devoir.

Par ailleurs, relevons que tous les infirmiers seront dans un futur proche, avec l'entrée en vigueur de la LPSan, soumis au secret professionnel sous l'angle pénal (art. 321 CP), peu importe qu'ils interviennent en tant qu'auxiliaires ou non. De surcroît, ceux disposant d'une autorisation de pratiquer seront également soumis au secret professionnel en tant que devoir professionnel (art. 11 et 16, let. f, LPSan ; cf. ch. II 2.2). Dans le canton du Jura, précisons encore que les infirmiers scolaires sont d'ores et déjà soumis, sous l'angle disciplinaire, au secret professionnel (art. 16 de l'ordonnance concernant la profession de la santé), puisqu'ils doivent disposer d'une autorisation de pratiquer.

En conclusion, il ne se justifie pas de traiter différemment les médecins scolaires par rapport aux médecins de l'PH-JU ou du CMP. Il y a donc concours imparfait entre les deux types de secret. En outre, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPSan et de la modification de l'article 321 CP, il est douteux que cette dernière disposition s'applique aux infirmiers scolaires. Ferait de toute manière exception les cas d'annonce à l'APEA, tâche pour laquelle les infirmiers scolaires doivent préalablement aviser un médecin scolaire ; intervenant alors en tant qu'auxiliaires, l'article 443, alinéa 1, CC est applicable aux infirmiers scolaires dans ce cadre.

6.5 Infirmiers du Centre de puériculture

Le Centre de puériculture jurassien est une association au sens des articles 60 ss CC. Selon l'article 5 du contrat de prestations avec la République et Canton du Jura, les prestations que doit fournir le Centre de puériculture sont inscrites dans ses statuts du 27 mars 2003 ainsi que dans le cahier des charges des infirmiers du Centre. Selon l'article 2 de ses statuts, le Centre de puériculture a pour but de préparer et conseiller les parents à leurs futures tâches, de les accompagner et veiller au bon développement de leurs nourrissons, ainsi que

⁸⁴ Sur la notion d'auxiliaire, cf. ch. II 2.2.

d'organiser des consultations pour nourrissons et, sur demande des familles ou des autorités, de visiter les nourrissons à domicile. D'après son cahier des charges, l'infirmier du Centre de puériculture exerce ses activités d'une manière autonome

Comme déjà relevé, la profession d'infirmier ne figure pas encore dans la liste de l'article 321 CP. N'étant pas sous la responsabilité d'un médecin, l'infirmier du Centre de puériculture ne peut pas non plus être considéré comme un auxiliaire au sens de cette dernière disposition. L'article 20 du statut du personnel des institutions jurassiennes de soins et des services d'aide et de soins à domicile, qui entend soumettre celui-ci au secret professionnel, n'y change rien. Toutefois, le problème ne se posera plus une fois que la LPSan sera entrée en vigueur. En effet, les infirmiers seront intégrés au champ d'application de l'article 321 CP. De plus, selon le futur article 11 LPSan, l'exercice d'une profession de la santé sous propre responsabilité professionnelle requerra toujours une autorisation du canton où la profession est exercée. D'après le message de la loi, la notion d'« exercice sous responsabilité professionnelle propre » s'applique à toute activité exercée sans le contrôle d'un membre de la même profession, que cette activité soit salariée (et prenne place au sein d'une entreprise publique ou privée) ou indépendante, principale ou accessoire⁸⁵. Dès lors, comme ils exercent leurs activités d'une manière autonome, les infirmiers du Centre de puériculture devront selon nous disposer d'une autorisation de pratiquer. Une telle autorisation impliquera donc également le respect du secret professionnel en tant que devoir professionnel (art. 16, let. f).

S'agissant du secret de fonction, nous considérons qu'il s'applique en raison de la tâche publique qu'exerce le Centre de puériculture conformément au mandat de prestations conclu avec l'Etat. Le Centre de puériculture est d'ailleurs soumis à la CPDT-JUNE (cf. ch. II 3.2 et 6.2).

6.6 Personnel des institutions de traitement des addictions

Conformément à l'article 3c, alinéa 4, LStup, le personnel des institutions de traitement est soumis tant au secret de fonction qu'au secret professionnel au

⁸⁵ Outre les personnes installées à leur propre compte (possédant, par exemple, leur propre cabinet), la notion d'« exercice sous responsabilité professionnelle propre » englobe donc notamment les salariés occupant des fonctions de conduite et assumant la responsabilité du travail accompli par leurs subordonnés, et même les salariés n'occupant aucune fonction de conduite mais accomplissant leur travail seuls et sans le contrôle d'un pair. Sont cités parmi les professionnels de la santé soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation de pratiquer sous responsabilité professionnelle propre les personnes assurant la direction des soins infirmiers d'un hôpital, d'une clinique ou d'un service, ou encore les physiothérapeutes exerçant au sein de cabinets médicaux de groupe ne comprenant aucun autre représentant de leur profession. Cette approche doit garantir que tout traitement soit placé sous la responsabilité d'un professionnel formé en conséquence (Message du 18 novembre 2015 concernant la LPSan, FF 2015 7925, 7957).

sens des articles 320 et 321 CP. Il en est de même en matière d'aide sociale (cf. également l'art. 11 LASoc). Là encore, le concours imparfait s'applique à notre sens (cf. ch. II 5.2).

6.7 Médecin-conseil ou expert

Un médecin-conseil mandaté pour évaluer la capacité de travail d'un employé est tenu au secret professionnel vis-à-vis de l'employeur⁸⁶. En l'absence d'une autorisation plus étendue de l'employé, il n'a le droit de transmettre à l'employeur son avis que sur l'existence, la durée et le degré de l'incapacité de travail⁸⁷.

S'agissant du mandat d'expertise confié par un tribunal, il est admis que le médecin est soumis au secret de fonction. En outre, bien que la personne examinée n'est pas alors, vis-à-vis du médecin, dans la situation du malade qui confie un mandat de soins au thérapeute de son choix, que le rapport de confiance n'est pas le même et que l'expert n'est pas choisi in fine par le patient, le secret professionnel s'applique tout de même vis-à-vis des tiers ou sur les données n'étant pas demandées par l'expertise. Ce qui importe d'un point de vue médico-éthique, c'est que la personne examinée soit consciente du statut particulier de l'expertise et du fait que le médecin doit fournir au mandant un rapport objectif, scientifiquement fondé, au mieux de ses connaissances et des observations qu'il aura pu faire, et ceci indépendamment des conséquences favorables, indifférentes ou défavorables que cela pourra avoir pour l'expertisé⁸⁸.

III. Levée du secret

Sauf indication contraire, les lignes qui suivent se rapportent au secret professionnel (art. 321 CP).

Il existe trois manières d'être délié du secret :

- 1) par le consentement du maître du secret ;
- 2) par une disposition fédérale ou cantonale ;
- 3) par l'autorité désignée par le droit cantonal.

⁸⁶ ATF 143 IV 209 = JdT 2017 IV 367. Cf. également GLOOR Werner, Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1199/2016, in : Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2017 ; SCHÜRCH Simone, Un médecin-conseil est-il soumis au secret professionnel à l'égard de l'employeur qui l'a mandaté?, in : www.lawinside.ch/447.

⁸⁷ ATF 143 IV 209, consid. 2.3 ; SJZ 113 (2017) n° 13, p. 327.

⁸⁸ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2052.

1. Consentement du maître du secret

1.1 Secret professionnel

Le consentement du maître du secret constitue la règle d'or en matière de levée du secret professionnel. Avant toute chose, le professionnel concerné doit donc tenter, lorsque cela est possible, de l'obtenir. En pratique, cela signifie qu'il doit préciser au patient l'identité de celui qui demande des renseignements, le contexte de la requête ainsi que l'étendue des informations qu'il est autorisé à transmettre⁸⁹. En matière de constitution du dossier électronique, la notion de consentement valable nécessite que le patient exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informé sur la manière dont les données sont traitées et sur les conséquences qui en résultent (art. 3, al. 1, LDEP). Par ailleurs, s'il y a plusieurs maîtres du secret, chacun d'eux doit consentir à la révélation⁹⁰.

Pour que le consentement soit valable, le patient doit avoir la capacité de discernement (art. 16 CC), qui est présumée. Le droit de lever le secret professionnel est strictement personnel⁹¹. Ainsi, les mineurs doivent donner leur consentement eux-mêmes (art. 11, al. 2, Cst⁹² et 19, al. 2, CC). L'âge à partir duquel on acquiert la capacité de discernement n'est pas fixé par la loi. Dans la majorité des situations, la limite se situe entre dix et quatorze ans. Il s'agit donc d'une question d'appréciation : fondamentalement, il convient de déterminer, en ce qui concerne la question posée, si l'adolescent est en mesure de juger adéquatement la situation et de décider sur la base de sa propre appréciation de ce qu'est son intérêt personnel. En pratique, cela signifie que le secret médical vaut également à l'égard des parents (par exemple, requête d'un moyen de contraception ou interruption volontaire de grossesse) et que le mineur peut même requérir un traitement médical à l'insu ou contre le gré de ses parents, même si ceux-ci sont débiteurs des frais médicaux⁹³. Par ailleurs, les personnes faisant l'objet de mesures décidées par l'APEA doivent également donner leur consentement, même s'il s'agit d'une curatelle de portée générale⁹⁴.

Si le patient est incapable de discernement (petit enfant, coma, déficience mentale grave), il convient encore de se demander s'il existe un représentant légal (père, mère, tuteur) qui pourrait donner valablement un consentement à la place du

⁸⁹ MARTIN/GUILLOD, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, Neuchâtel 2000, p. 2047 et 2048.

⁹⁰ PC CP, n° 39 ad art. 321 ; MICHEL Jean-Tristan, Le secret professionnel de l'avocat et ses limites (2^{ème} partie), in : Revue de l'avocat 11-12/2009, p. 547 ; ATF 97 II 370, consid. 3.

⁹¹ Art. 19c, al. 1, CC. CORBOZ, op. cit., n° 45 ad art. 321 CP.

⁹² Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101).

⁹³ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2052.

⁹⁴ BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 19.

patient. Si l'autorité parentale est accordée à un seul parent, seul celui-ci peut délier le praticien⁹⁵. Par exemple, pour un patient souffrant de la maladie d'Alzheimer, il faut se demander si celui-ci n'a pas donné au préalable procuration à un représentant privé de prendre les décisions de soins qui s'imposent, d'accéder à son dossier et, plus généralement, de défendre au mieux ses intérêts dans ce domaine. S'il existe un tel représentant, nous sommes d'avis qu'il peut autoriser l'éventuelle transmission d'informations à un tiers. Cas échéant, qu'il soit légal ou privé, le représentant devrait se prononcer en priorité, et l'autorité cantonale compétente ne devrait pas intervenir sans s'assurer qu'on a recherché préalablement l'accord de ce représentant⁹⁶. La doctrine n'est toutefois pas unanime à ce sujet. Ainsi, Corboz considère que la faculté du représentant légal à consentir ne s'étend pas aux secrets relevant de la sphère intime⁹⁷. Quant à Donatsch, il estime que le représentant d'une personne incapable de discernement est autorisé à œuvrer pour la sauvegarde du secret, mais ne peut pas en disposer au détriment du représenté⁹⁸. Enfin, le principe n'est pas applicable pour tous les types de secret⁹⁹.

Outre la capacité de discernement, le consentement ne doit pas être affecté d'un vice de la volonté, mais être le fruit du choix librement exercé par le patient. Pourraient notamment vicier la volonté du maître du secret la menace, la contrainte, la ruse, la tromperie, l'erreur grave sur le contenu du secret ou sur les conséquences de la révélation du secret. De plus, le consentement à la levée du secret professionnel ne doit pas être contraire au droit, par exemple en relevant de l'engagement excessif de l'article 27, alinéa 2, CC, ni être contraire aux bonnes mœurs¹⁰⁰.

D'un point de vue formel, le consentement peut être exprès, tacite ou résulter d'actes concluants. Par exprès, on entend le consentement clairement exprimé ; le consentement ne devrait ainsi pas figurer dans des conditions générales sans que l'attention du patient ne soit expressément attirée sur ce point¹⁰¹. S'agissant du consentement tacite, le Tribunal fédéral l'a par exemple admis dans un cas où

⁹⁵ DEVAUD Coralie, L'information en droit médical, in : RJL n° 42, 2009, p. 122.

⁹⁶ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2049.

⁹⁷ CORBOZ, op. cit., n° 45 ad art. 321 CP.

⁹⁸ DONATSCH, Andeas, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich 2014, n° 37 ss ad art. 171, cité in : LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), op. cit., n° 35 ad art. 448 CC.

⁹⁹ Ainsi, pour celui qui prend naissance dans le cadre du mandat d'un avocat, le représentant légal ne peut consentir valablement à la révélation (BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n° 1907).

¹⁰⁰ ERARD/GUILLOD, Levée générale du secret médical et assistance au suicide, in : Jusletter 29 janvier 2018, n° 31 et les références citées.

¹⁰¹ BOLL Jürg, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, thèse, Zurich 1983, p. 42 ss, cité in : ERARD/GUILLOD, op. cit., n° 31.

la communication a été faite en présence de l'intéressé sans que celui-ci n'ait protesté¹⁰². Enfin, relèverait sans doute du consentement par actes concluants la requête d'un patient tendant à l'audition de son médecin comme témoin¹⁰³ ; de même, un patient qui accepte de se soumettre à une analyse de sang consent par actes concluant à ce que des données le concernant soient transmises à un laboratoire d'analyse¹⁰⁴.

Par ailleurs, le patient peut limiter la portée de son consentement à certaines données médicales ou à certains destinataires¹⁰⁵. D'ailleurs, le consentement ne peut pas être donné de manière générale, pour le présent et l'avenir ; un consentement trop large ou trop vague à la levée du secret serait nul en principe¹⁰⁶.

En outre, le consentement est révocable. La révocation ne déploie toutefois ses effets que pour l'avenir et dès le moment où le professionnel en a eu connaissance¹⁰⁷.

La question de l'effet du consentement est controversée. A notre sens, le médecin dûment délié par son patient devrait s'exprimer au sujet des secrets de ce dernier. Cette interprétation se fonde notamment sur les rapports de confiance existants de par le mandat entre le patient et le praticien. Le consentement à la levée du secret peut ainsi être considéré comme une instruction du mandant à l'égard du mandataire (art. 397 CO), contractuellement tenu de la respecter¹⁰⁸.

1.2 Secret de fonction

S'agissant du secret de fonction, le consentement ne peut pas, en principe, remplacer celui de l'autorité supérieure. Cela se déduit du texte même de l'article 320 CP.

Toutefois, la doctrine majoritaire admet que, lorsqu'un seul intérêt privé est en jeu, à l'exclusion d'un quelconque intérêt public au maintien du secret, le consentement de l'intéressé suffit pour permettre la levée du secret¹⁰⁹.

¹⁰² ATF 97 II 369.

¹⁰³ ATF 98 IV 217, consid. 2.

¹⁰⁴ MEIER Philippe, Protection des données, Berne 2011, n° 902 et 903.

¹⁰⁵ CORBOZ, op. cit., n° 48 et 49 ad art. 321 CP, et les arrêts cités. Cf. également RJJ 2000/2, p. 105ss, consid. 2a, qui fait référence à l'article 28, alinéa 3, LSan.

¹⁰⁶ ERARD/GUILLOD, op. cit., n° 85.

¹⁰⁷ CORBOZ Bernard, Le secret professionnel de l'avocat selon l'art. 321 CP, in : SJ 1993, p. 93.

¹⁰⁸ BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 19, 20 et les références citées. MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2048. D'un avis contraire, cf. PC CP, n° 43 ad art. 321.

¹⁰⁹ MANAI, op. cit., p. 160. CORBOZ estime que le consentement du particulier concerné par l'infraction en cause n'est justificatif que si le secret ne touche que sa seule sphère

Par ailleurs, dans un contexte médico-hospitalier de droit public, certains auteurs estiment qu'un patient qui donne valablement son consentement à la levée du secret professionnel au sens de l'article 321 CP consent simultanément à la levée du secret de fonction au sens de l'article 320 CP. Dans ce cas également, il convient de veiller à l'absence de tout intérêt public autonome propre à empêcher la révélation des informations concernées¹¹⁰.

2. Base légale

Il est possible de se passer du consentement du maître du secret s'il existe une base légale, fédérale ou cantonale, autorisant la transmission d'une information soumise au secret professionnel. Par exemple, citons les articles 15d, alinéa 3, LCR¹¹¹, 3c LStup¹¹² et 364 CP¹¹³. En droit cantonal, le législateur a introduit deux dispositions dans la loi du 2 octobre 2013 sur l'exécution des peines et mesures¹¹⁴ qui méritent d'être mentionnées : l'article 20 a pour but de garantir un échange optimal d'informations entre l'autorité d'exécution des peines et mesures, l'office de probation et les autres autorités, qu'elles soient judiciaires ou administratives, tandis que l'article 20a a trait à la non-opposabilité du secret médical et du secret de fonction en rapport avec la dangerosité d'un détenu et pouvant avoir une

privée et que l'on ne discerne aucun intérêt public indépendant au maintien du secret (CORBOZ, op. cit., n° 47 ad art. 320 CP). Cf. également PC CP, n° 41 ad art. 320.

¹¹⁰ ERARD/GUILLOD, op. cit., n° 31 et 38 ss.

¹¹¹ Selon l'article 15d, alinéa 3, de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR ; RS 741.01), les médecins sont libérés du secret professionnel pour les communications relatives à l'inaptitude d'une personne, en raison d'une maladie physique ou mentale ou d'une infirmité, ou pour cause de dépendance, de conduire un véhicule automobile en toute sécurité. Ils peuvent notifier celles-ci directement à l'autorité cantonale responsable de la circulation routière ou à l'autorité de surveillance des médecins. A ce sujet, cf. MANAI, op. cit., p. 157 et 158, ainsi que MIZEL Cédric, Aptitude à la conduite automobile, exigences médicales, procédure d'examen et secret médical, in : PJA 2008, p. 586 ss.

¹¹² Cette disposition prévoit que les services de l'administration et les professionnels œuvrant dans les domaines de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police peuvent annoncer aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction ou présentant des risques de troubles, notamment s'il s'agit d'enfants ou de jeunes, lorsqu'ils les ont constatés dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur activité professionnelle (let. a), qu'un danger considérable menace la personne concernée, ses proches ou la collectivité (let. b) et s'ils estiment que des mesures de protection sont indiquées (let. c).

¹¹³ Droit d'aviser l'APEA lorsqu'il y va de l'intérêt de mineurs et que des infractions sont commises à l'encontre de ceux-ci (cf. ch. IV 3).

¹¹⁴ RSJU 341.1.

incidence sur son évaluation ou sur les conditions d'allègement dans l'exécution¹¹⁵.

En outre, le détenteur du secret ne doit pas perdre de vue que certaines dispositions l'obligent à aviser une autorité déterminée (outre les lois en matière d'assurances sociales¹¹⁶, citons par exemple les art. 119, al. 5, CP¹¹⁷, 12 LEp¹¹⁸, 84 LAM¹¹⁹ et 78 OPAn¹²⁰). De manière générale, une telle obligation légale dispense simultanément de la levée du secret.

¹¹⁵ Ces dispositions mettent en œuvre la recommandation du 31 octobre 2013 adoptée par la Conférence latine des Chefs des Départements de Justice et Police (CLDJP), qui constituait une réaction aux événements tragiques survenus en marge de l'exécution des peines et mesures (affaires de meurtre dans les cantons de Vaud et de Genève). La connaissance de certains faits permet de faciliter l'évaluation de la dangerosité d'un détenu et le cas échéant de renoncer à tout allègement le concernant. Dans la pesée, l'intérêt de la collectivité à la sécurité apparaît prépondérant par rapport à celui du condamné potentiellement dangereux au maintien strict du secret de ses thérapeutes. Le PPDT-JUNE a approuvé ces dispositions (JDD 2014, p. 713 et 714).

¹¹⁶ Les lois sur les assurances sociales contiennent ainsi des dispositions autorisant et contraignant les médecins à fournir à l'assurance les informations dont elle a besoin pour remplir les tâches que lui confie la loi. Dans le cas de l'assurance-maladie, le consentement du patient est toutefois déterminant car ce dernier peut décider de payer lui-même son traitement. Dans un tel cas, la caisse-maladie ne doit rien apprendre du médecin (ASSM/FMH, op. cit., p. 80). A titre d'illustration, cf. les articles 31 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1), 42 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10) et 54a de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20). Pour des considérations pratiques sur le secret médical en lien avec les prestations d'assurances, cf. LUPU, op. cit., p. 125 ss. S'agissant du secret médical en lien avec la facturation Tarmed et SwissDRG, cf. HIRSIG-VOUILLOZ op. cit., p. 208 ss.

¹¹⁷ Selon cette disposition, toute interruption de grossesse doit être annoncée à l'autorité de santé publique compétente à des fins de statistiques ; l'anonymat de la femme concernée est garanti et le secret médical doit être respecté.

¹¹⁸ L'article 12 de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEp ; RS 818.101) prévoit, à charge des médecins, des hôpitaux et des autres institutions sanitaires publiques ou privées une obligation de déclarer les observations liées à des maladies transmissibles, y compris les informations permettant d'identifier les personnes malades, infectées ou exposées et de déterminer la voie de transmission.

¹¹⁹ En vertu de l'article 84 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM ; RS 833.1), le médecin, le dentiste ou le chiropraticien consulté est tenu d'annoncer immédiatement le cas à l'assurance militaire lorsqu'il peut y avoir une relation entre l'affection et le service accompli. Il doit en particulier annoncer le cas lorsque le patient ou ses proches le demandent. Le médecin, le dentiste ou le chiropraticien répond des conséquences d'une contravention à l'obligation d'annoncer le cas.

¹²⁰ Selon l'article 78 de l'ordonnance du 23 avril 2008 sur la protection des animaux (OPAn ; RS 455.1), les vétérinaires, les médecins, les responsables de refuges ou de

Enfin, relevons que même en l'absence de base légale spécifique, le Code pénal prévoit certaines situations dans lesquelles une transmission ne serait pas punissable. Ainsi, l'erreur sur les faits (art. 13 CP) et l'erreur sur l'illicéité (art. 21 CP) sont concevables selon les circonstances. Par exemple, une erreur sur l'illicéité a été admise dans le cas d'une communication d'un médecin à l'avocat de son patient¹²¹. Pour l'état de nécessité licite (art. 17 CP) ou excusable (art. 18, al. 2, CP), il est renvoyé aux considérations sur l'urgence (cf. ch. III 4).

S'agissant du secret de fonction, il est préférable de se montrer prudent vis-à-vis de la voie hiérarchique. En effet, une base légale autorisant la communication ne permet pas toujours de se passer d'une autorisation de l'autorité supérieure ; par exemple, un employé de l'Etat jurassien devrait tout de même requérir une autorisation de son chef de département pour déposer en justice (art. 26 LPer)¹²².

3. Procédure de levée par l'autorité

Ce n'est qu'en l'absence de consentement du maître du secret et de base légale spéciale autorisant la transmission que le détenteur du secret demandera la levée de son secret auprès de l'autorité de surveillance ou de l'autorité supérieure. Cette procédure est donc subsidiaire, n'intervenant qu'en ultima ratio.

3.1 Qualité pour agir

Le principe est que le détenteur du secret est le seul habilité à demander la levée de son devoir. Il est en effet dans son intérêt de se préoccuper du consentement de l'autorité supérieure pour éviter de tomber sous le coup des articles 320 et 321 CP¹²³.

En pratique, cela signifie que les tribunaux, le Ministère public, un assureur ou des autorités administratives ne peuvent pas requérir de l'autorité compétente la levée du secret professionnel d'un médecin¹²⁴.

pensions pour animaux, les éducateurs canins et les organes des douanes sont tenus d'annoncer au service cantonal compétent les accidents causés par un chien qui a gravement blessé un être humain ou un animal (let. a) ainsi que les chiens qui présentent un comportement d'agression supérieur à la norme (let. b).

¹²¹ Il n'appartient pas au professionnel de trancher lui-même de délicates questions constitutionnelles. Même si l'on devait admettre qu'une disposition ou une décision est radicalement nulle, le prévenu pourrait vraisemblablement faire valoir avec succès qu'il se trouvait dans une erreur sur l'illicéité excluant toute faute de sa part (CORBOZ, op. cit., n° 64, 89 et 90 ad art. 321 CP).

¹²² Cf. également PC CP, n° 39 ad art. 320.

¹²³ ATF 123 IV 75 = JdT 1998 IV 176, consid. 2b.

¹²⁴ PC CP, op. cit., n° 46 ad art. 321 et les références citées.

La seule exception réside dans l'article 448, alinéa 2, CC, qui confère à l'APEA la possibilité de saisir l'autorité supérieure, en lieu et place des médecins, des dentistes, des pharmaciens, des sages-femmes ainsi que de leurs auxiliaires.

3.2 Forme de la requête

Nous recommandons la forme écrite pour la requête de levée du secret professionnel, bien qu'elle ne soit pas formellement imposée.

De plus, la requête doit être motivée. Elle devrait au minimum indiquer le destinataire éventuel, le but de la transmission et, dans la mesure du possible, les informations concernées. En pratique, nous sommes d'avis qu'il ne faut toutefois pas se montrer trop exigeant sur la motivation, l'essentiel étant que le professionnel expose pour quelles raisons il estime devoir transmettre l'information au destinataire concerné. Lorsque le patient a refusé son consentement, le requérant devrait également indiquer pour quelles raisons l'intérêt à la transmission prévaut à son sens sur celui du maintien au secret.

3.3 Autorités compétentes

A défaut de consentement du patient ou de base légale autorisant la transmission, la requête de levée du secret professionnel doit être adressée à l'autorité cantonale compétente, qui est désignée par le droit cantonal du lieu où le professionnel exerce son activité¹²⁵.

Dans le canton du Jura, le médecin cantonal est l'autorité compétente au sens de l'article 321, chiffre 2, CP pour délier du secret médical les personnes qui y sont tenues en raison de leur profession ainsi que leurs auxiliaires¹²⁶. Il décide sur proposition du détenteur, mais n'est pas lié par celle-ci (art. 53, al. 2, et 58 LSan).

Si le médecin cantonal est compétent pour délier du secret professionnel, sa mission ne doit pas être confondue avec celle de l'autorité cantonale de surveillance (art. 41 LPMéd) qui est seule compétente pour prononcer les mesures disciplinaires énumérées à l'article 43 LPMéd. Bien que la législation jurassienne ne le prévoit pas expressément, le département auquel est rattaché le Service de la santé publique est l'autorité de surveillance des professions sanitaires dans le canton du Jura. En effet, ce dernier est seul compétent pour retirer les autorisations de pratiquer (art. 52 LSan).

S'agissant du secret de fonction, les employés de l'Etat jurassien sont soumis au régime de l'article 26 LPer, qui prévoit une autorisation du chef de département

¹²⁵ PC CP, op. cit. n° 47 ad art. 321.

¹²⁶ Cf. également les articles 21, alinéa 3, de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire (RSJU 811.111) et 16, alinéa 2, de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé (RSJU 811.213).

(al. 2, let. b). Par conséquent et s'agissant des professionnels qui nous occupent (par exemple, les médecins scolaires), le département auquel est rattaché le Service de la santé publique est compétent pour délivrer une autorisation écrite, qui demeure nécessaire après la cessation des rapports de travail. Bien que cette disposition ne vise que le dépôt en justice comme partie, témoin ou expert sur des faits connus (al. 1) ainsi que la production en justice de pièces officielles ou la remise d'attestations (al. 4), nous sommes d'avis que le régime de compétence prévu à l'alinéa 2 s'applique par analogie à certaines communications externes d'un employé de l'Etat, telle qu'une dénonciation pénale. Au surplus, la CPDT-JUNE est réservée.

La législation cantonale ne fournit aucune indication sur l'autorité compétente pour délier du secret de fonction une personne n'étant pas soumise à la LPer. Par exemple, ladite loi ne s'applique pas aux médecins de l'H-JU, qui sont pourtant soumis aux deux types de secret (cf. ch. II 6.1). Afin de transmettre des informations relatives à l'organisation de l'établissement ou de nature purement administrative, la pratique est de solliciter l'autorisation écrite du directeur général de l'H-JU. Une interprétation restrictive de la notion d'« autorité supérieure » figurant à l'article 320 CP conduirait à saisir le Ministre en charge du Service de la santé publique, puisque les médecins de l'H-JU sont assimilés à des fonctionnaires au sens de cette disposition. Un tel raisonnement ne nous paraît toutefois pas opportun, essentiellement pour deux raisons. D'une part, si le personnel peut être assimilé à des « fonctionnaires » visés par l'article 320 CP, il n'y a pas de raison que le directeur général de l'H-JU ne puisse pas également être assimilé, par analogie, à une « autorité supérieure » au sens de cette même disposition, puisqu'il intervient en tant que supérieur hiérarchique. D'autre part, l'H-JU constitue un établissement autonome disposant de la personnalité juridique, soumis à la CPDT-JUNE, qui a la responsabilité de vérifier les conditions de l'article 33 LPMéd chez les médecins qu'il engage, ceux-ci n'étant pas soumis à une autorisation étatique de pratiquer. Au vu de ces éléments, le directeur général de l'H-JU nous paraît le plus à même de se prononcer sur l'opportunité de transmettre à un tiers une information concernant l'organisation interne de l'établissement. Par ailleurs, rappelons que pour des informations figurant dans un dossier médical et portant sur un patient déterminé, la compétence du médecin cantonal est donnée, puisque le secret professionnel l'emporte sur le secret de fonction (cf. ch. II 5.2).

Enfin, relevons que l'article 30 de l'ordonnance sur le service de santé scolaire prévoit¹²⁷, étonnamment, la compétence du Service de la santé publique pour délier du secret de fonction les autorités scolaires, les médecins scolaires, les

¹²⁷ A l'heure où nous écrivons ces lignes (mars 2018), un projet de révision de l'ordonnance est en cours. Logiquement, cette compétence particulière devrait disparaître dans la nouvelle teneur.

infirmiers scolaires ainsi que les enseignants. Outre les considérations émises ci-dessus (cf. ch. II 6.4), nous sommes d'avis que l'ordonnance, antérieure à la LPer, ne constitue pas une base légale d'un rang suffisant pour déroger à la compétence générale en matière de levée du secret de fonction découlant de l'article 26 LPer. Quoiqu'il en soit, la révision prochaine de l'ordonnance sur le service de santé scolaire permettra sans doute de clarifier ce point. A notre sens, le régime général en matière de compétence de levée du secret devrait s'appliquer. Dès lors, une requête en levée du secret médical doit être adressée au médecin cantonal, tandis que le département auquel est rattaché le Service de la santé publique est compétent pour délier du secret de fonction.

3.4 Droit d'être entendu

Lorsque la levée du secret professionnel ou du secret de fonction est sollicitée auprès de l'autorité compétente, se pose la question de savoir s'il convient d'entendre les particuliers dont les droits de la personnalité sont en jeu. En effet, il est douteux que l'autorité supérieure puisse lever le secret sans l'accord des particuliers lorsque le secret est conçu exclusivement dans leur intérêt¹²⁸.

Pour la doctrine majoritaire, le patient a, en principe, le droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure de levée du secret professionnel¹²⁹. Nous nous rangeons à cette conception, dans la mesure où la détermination du patient peut s'avérer décisive sous l'angle de la pesée des intérêts à laquelle l'autorité doit procéder avant d'accorder ou de refuser la levée.

L'exercice du droit d'être entendu suppose toutefois que le patient, en tant que maître du secret, soit capable de discernement. Cas échéant, le médecin cantonal lui impartira un bref délai pour se prononcer et développer les motifs l'ayant conduit à refuser son consentement. Si le patient est décédé ou incapable de discernement, sans représentant légal ou désigné (cf. ch. III 1.1), nous préconisons une procédure simple (sans droit d'être entendu).

Dans certaines situations, il convient de renoncer au droit d'être entendu. Celui-ci n'est ainsi pas envisageable lorsque le médecin apprend des faits graves pénalement punissables commis par le patient, par exemple un meurtre ou un viol. Il en est de même lorsqu'un patient profère des menaces de mort crédibles à l'encontre d'un tiers¹³⁰. Enfin, il faut se montrer prudent lorsqu'une enquête pénale est déjà ouverte. Par exemple, un médecin est sollicité par le Ministère public pour transmettre des informations quant à un enfant qui accuse ses parents de maltraitance ; dans ce type de situation, solliciter le consentement de l'enfant pourrait porter atteinte à l'instruction pénale. Selon les circonstances,

¹²⁸ CORBOZ, op. cit., n° 29 ad art. 320 CP.

¹²⁹ PC CP, op. cit., n° 48 ad art. 321 et les références citées.

¹³⁰ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2050.

l'intérêt du patient peut donc conduire à renoncer à ce droit d'être entendu, voire même à une décision du médecin cantonal ; en cas d'urgence, la levée du secret médical peut en effet intervenir a posteriori (cf. ch. III 4).

3.5 Décision

Tant en matière de secret professionnel que de secret de fonction, l'autorité saisie doit procéder à une pesée des intérêts en présence. Pour que la levée soit accordée, l'intérêt à la révélation du secret doit l'emporter sur l'intérêt au maintien du secret. Ainsi, la levée doit permettre de sauvegarder un intérêt public ou privé supérieur, par exemple l'intérêt de la justice à connaître la vérité dans le cadre d'un témoignage¹³¹.

Comme la requête doit être motivée, le médecin cantonal disposera des motifs de la personne tenue au secret médical ; il n'est toutefois pas lié par la position du détenteur du secret (art. 58, al. 2, LSan). En outre, la position du patient lui sera connue en règle générale (cf. ch. III 3.4).

Le médecin cantonal devrait présumer que le professionnel requérant la levée du secret médical a évalué la situation en son âme et conscience. Ce n'est que pour des raisons fortes qui pourraient avoir échappé au praticien, ou s'il ne parvient pas à voir quel intérêt prépondérant serait légitimement servi par le fait de révéler le secret, que le médecin cantonal devrait refuser de délier¹³².

S'agissant du secret de fonction d'un employé de l'Etat, l'autorisation pour déposer en justice comme partie, témoin ou expert sur des faits dont il a eu connaissance dans l'exécution de son travail ne peut être refusée que si un intérêt public prépondérant l'exige. Au besoin, l'autorité peut faire préciser les points sur lesquels doit porter la déposition de l'employé (art. 26, al. 3, LPer). La même règle s'applique à la production en justice de pièces officielles et à la remise d'attestations (art. 26, al. 4, LPer).

Dans tous les cas, l'autorité compétente doit accorder la levée par écrit (art. 320, ch. 2, et 321, ch. 2, CP). A notre sens, un courrier électronique peut suffire. En outre, le principe de proportionnalité doit être respecté. Ainsi, seuls les documents et les informations pertinentes et nécessaires au but poursuivi peuvent être transmis¹³³. Il est également possible d'anonymiser les informations ayant trait à un tiers n'ayant pas à être nommé ; tel est le cas si l'information donnée peut d'une manière ou d'une autre mettre un tiers en difficulté ou le faire apparaître sous un jour défavorable¹³⁴. Une décision accordant sans autre

¹³¹ PC CP, op. cit., n° 36 ad art. 320, et n° 48 ad art. 321.

¹³² MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2050.

¹³³ Cf. par exemple ATF 123 IV 75, = JdT 1998 IV 176, consid. 2 ; STECK, op. cit., n° 46 ad art. 443 CC.

¹³⁴ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2051.

précision la levée du secret ne dispense pas le détenteur d'effectuer un tel examen sous l'angle du principe de proportionnalité.

S'agissant des conséquences de la décision, la personne valablement déliée du secret médical ou du secret de fonction par l'autorité compétente est autorisée à révéler les informations couvertes par le secret. Elle n'y est toutefois pas tenue¹³⁵, sous réserve des éventuelles exceptions qui seront abordés dans les chapitres suivants. En dehors du cas particulier de l'article 448, alinéa 2, CC, sur lequel il sera revenu ultérieurement (cf. ch. IV 2), la question est toutefois purement théorique. En effet, on imagine mal un médecin solliciter la levée de son secret quant à une information qu'il n'entend pas transmettre.

3.6 Voies de droit

Le médecin cantonal statuant en tant qu'autorité administrative en première instance, la décision sur la levée du secret professionnel est sujette à opposition (art. 94 Cpa¹³⁶). Le délai d'opposition est de trente jours (art. 98, al. 1, Cpa).

L'autorité compétente pour traiter de l'opposition est le médecin cantonal. Fonction instituée par le droit fédéral¹³⁷, son rattachement au Service de la santé publique n'est qu'administratif (94 DOGA¹³⁸). Le médecin cantonal exerce donc de manière indépendante les attributions que lui confère la législation¹³⁹, en l'occurrence la compétence en matière de levée du secret professionnel (art. 58, al. 1, LSan). Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'article 102, alinéa 1, Cpa, le chef du Service de la santé publique n'intervient donc pas en procédure d'opposition.

Le patient a la qualité pour s'opposer contre une décision accordant au praticien la levée du secret professionnel¹⁴⁰ ; à notre sens, la décision doit donc lui être notifiée. En outre, le détenteur du secret a bien évidemment qualité pour s'opposer à une décision lui refusant la levée.

¹³⁵ PC CP, n° 50 ad art. 320 et n° 43 ad art. 321, ainsi que les références citées.

¹³⁶ Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle (Code de procédure administrative ; RSJU 175.1).

¹³⁷ Cf. art. 53 LEp et 77 à 79 de l'ordonnance du 29 avril 2015 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (OEp ; RS 818.101.1).

¹³⁸ Décret d'organisation du Gouvernement et de l'administration cantonale du 27 avril 2016 (DOGA ; RSJU 172.111).

¹³⁹ L'article 26, alinéa 2, DOGA prévoit expressément l'indépendance du chimiste cantonal et du vétérinaire cantonal par rapport au Service de la consommation et des affaires vétérinaires s'agissant de leurs attributions légales. Il aurait été opportun que l'article 94 DOGA le rappelle également pour le médecin cantonal. Cette lacune est toutefois sans conséquence.

¹⁴⁰ Par exemple, ATF 142 II 256 = JdT 2017 I 135, consid. 1.2.2.

En outre, le Tribunal fédéral a considéré qu'un tiers pouvait également, dans certaines circonstances, avoir la qualité pour contester une telle décision. Dans cet arrêt récent, une partie, qui n'était ni maître ni détenteur du secret, avait requis le témoignage d'un médecin dans le cadre d'une procédure civile, puis avait recouru contre la décision refusant à ce dernier la levée du secret médical. D'après le libellé de l'article 321, chiffre 2, CP, seul « l'auteur », c'est-à-dire le détenteur du secret, est autorisé à en demander la levée ; c'est ce que le médecin, en tant que témoin potentiel, avait fait en l'espèce. Toutefois, le témoignage n'était typiquement pas recueilli dans l'intérêt du témoin lui-même, mais dans celui de la partie qui offrait cette preuve. Cette partie, soit la recourante, était atteinte encore plus fortement que le témoin par une décision refusant la levée du secret, et elle avait un intérêt particulier et digne de protection à ce que le témoin puisse déposer. Le Tribunal fédéral en a conclu que la partie requérant un témoignage a aussi qualité pour recourir lorsque le témoin potentiel ne recourt pas contre la décision lui refusant la levée. A la différence des situations classiques où le recours d'un tiers en faveur du destinataire d'une décision n'est pas autorisé, le recours de la partie ayant requis le témoignage ne tendait pas à imposer quelque chose que le destinataire pourrait seul réaliser. Au contraire, dans les limites des règles de procédure applicables, le destinataire formel, c'est-à-dire le témoin, était au contraire tenu de déposer dans la mesure où il était délié du secret professionnel¹⁴¹.

La décision sur opposition est sujette à recours auprès de la Cour administrative du Tribunal cantonal (art. 118, let. a, et 160, let. b, Cpa). Le délai de recours est de trente jours (art. 121, al. 1, Cpa).

Enfin, relevons que pour prévenir un danger important, telle que la vie ou la santé, dont le besoin de protection paraît prépondérant par rapport aux intérêts du maître du secret, le médecin cantonal peut retirer l'effet suspensif à une éventuelle opposition interjetée à l'encontre de sa décision accordant la levée du secret professionnel (art. 99 Cpa) ainsi qu'à un éventuel recours contre sa décision sur opposition (art. 132, al. 1, Cpa). L'effet suspensif n'a, en revanche, pas de portée en ce qui concerne une décision de refus de la levée (décision dite négative). La décision portant sur le retrait de l'effet suspensif peut faire l'objet d'un recours dans un délai de dix jours auprès de la Cour administrative, à condition toutefois qu'elle puisse causer un préjudice irréparable (art. 119, al. 3, Cpa). L'effet suspensif peut également être restitué d'office ou sur demande d'une partie¹⁴². En dépit de ces considérations, les cas justifiant un retrait de l'effet suspensif devraient s'avérer rares en pratique. En effet, lorsque les conditions de

¹⁴¹ ATF 142 II 256 = JdT 2017 I 135, consid. 1.2.2. et les références citées.

¹⁴² BROGLIN Pierre, Questions choisies en procédure administrative : effet suspensif, mesures provisionnelles, élargissement de l'accès au juge et fêtes, in : RJJ 2009, p. 1 ss, ch. 5.1.1, 5.3 et 5.4.

l'urgence sont réalisées (cf. ch. 4 ci-dessous), une décision préalable de l'autorité compétente n'est pas nécessaire, de sorte qu'une information pourrait être transmise avant même que le médecin cantonal ne soit saisi d'une requête de levée du secret.

4. Urgence

Il est des situations exceptionnelles dans lesquelles l'urgence de la communication dispense du respect des exigences en matière de levée.

Tout d'abord, relevons que d'un point de vue formel, le patient peut ratifier a posteriori la transmission d'informations médicales par son médecin¹⁴³. Par prudence, nous suggérons toutefois aux professionnels soumis au secret professionnel de requérir au préalable le consentement du patient chaque fois que cela est envisageable.

Lorsqu'une décision de l'autorité supérieure est nécessaire, la levée doit intervenir avant la révélation, sauf en cas d'urgence. Ainsi, en situation de nécessité licite (art. 17 CP) ou excusable (art. 18, ch. 2, CP) par exemple, le médecin peut exceptionnellement fournir à une personne ou instance concernée des informations couvertes par le secret médical sans être pour autant punissable, charge à lui de se faire délier formellement ensuite, dans le meilleur délai, par son patient ou par l'autorité cantonale compétente¹⁴⁴. Le danger doit être actuel et concret, et impossible à éviter autrement qu'en accomplissant un acte en principe pénalement répréhensible ; il doit menacer un bien juridique individuel et non pas des biens collectifs ou étatiques, en particulier la vie, l'intégrité physique, la liberté ou encore l'honneur¹⁴⁵. Citons également la collision des devoirs et la sauvegarde d'intérêts légitimes, qui sont admis, certes restrictivement, en tant que motifs justificatifs extralégaux ; en particulier, il faut que le détenteur du secret ait épuisé les moyens légaux à sa disposition et que la violation de l'ordre juridique pèse moins lourd que l'intérêt en question¹⁴⁶.

En outre, il faut mentionner l'article 453 CC lorsqu'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui. Il sera revenu ultérieurement sur cette disposition (cf. ch. IV 2).

La question de l'urgence peut s'avérer d'une importance décisive en pratique. Par exemple, un patient porteur VIH explique à son pharmacien qu'il entretient des

¹⁴³ Ce principe vaut pour tous les professionnels soumis à l'article 321 CP. Par exemple, pour l'avocat, cf. CHAPPUIS Benoît, *La profession d'avocat*, 2016, p. 237.

¹⁴⁴ MARTIN/GUILLOD, *op. cit.*, p. 2051.

¹⁴⁵ PC CP, n° 6 ss ad art. 17.

¹⁴⁶ PC CP, n° 61 ad art. 321.

relations sexuelles non protégées avec sa partenaire, qui ignore le diagnostic. Le pharmacien peut alors avertir la partenaire, si le patient refuse¹⁴⁷. Ainsi, la communication permet de préserver une grave atteinte à la santé de la partenaire, respectivement d'éventuels autres partenaires de ceux-ci. Il faut toutefois que la communication soit le seul moyen afin d'empêcher l'atteinte. Selon les circonstances et le degré d'urgence, un avis à l'APEA pourrait s'avérer suffisant (cf. ch. IV 1).

S'agissant du secret de fonction, le détenteur du secret peut exceptionnellement se passer du consentement de l'autorité supérieure, voire même agir à son encontre, lorsque des intérêts publics à la révélation sont prépondérants. Pour que ce motif justificatif extra-légal soit réalisé, il faut que l'épuisement de la voie hiérarchique ne puisse être exigé et que la transmission soit objectivement nécessaire, proportionnée et constitue le seul moyen d'atteindre le but recherché¹⁴⁸.

5. Patient décédé

L'intérêt à la préservation du secret perdure après la mort du maître du secret¹⁴⁹. Ainsi, les héritiers ne peuvent disposer du secret, c'est-à-dire exiger la révélation de faits ou accorder la levée du secret¹⁵⁰. Dès lors, en l'absence de dispositions légales spécifiques, le médecin doit demander à l'autorité compétente de le délier avant de pouvoir donner aux proches ou aux héritiers accès au dossier médical du patient décédé¹⁵¹.

Dans les cas d'information aux proches (art. 110, al. 1, CP), les critères de pertinence et de proportionnalité des renseignements fournis ont une importance prépondérante¹⁵². Il convient de mettre en balance l'intérêt des proches du défunt à consulter le dossier et l'intérêt de ce dernier à ce que les renseignements figurant dans son dossier médical ne soient pas divulgués ; il n'est pas possible de présumer que le défunt accepterait, ni qu'il refuserait une consultation de son dossier médical par ses proches. La levée est envisageable aux conditions suivantes : le défunt ne s'y est pas opposé de son vivant¹⁵³, les proches ont un intérêt juridique à la consultation (par exemple pour déterminer la capacité de

¹⁴⁷ HIRSIG-VOUILLOZ, op. cit., p. 208 et la référence citée.

¹⁴⁸ PC CP, n° 41 et 42 ad art. 320.

¹⁴⁹ Il en est de même à la fin du mandat. A noter que s'agissant du secret de fonction également, le devoir de garder le secret ne s'éteint pas au moment où prend fin la charge ou l'emploi officiel, cf. CORBOZ, op. cit., n° 25 ad art. 320 CP.

¹⁵⁰ PC CP, n° 41 ad art. 321 et les références citées.

¹⁵¹ ATF 135 III 597, consid. 3.4.

¹⁵² MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2049, note de bas de page n° 5.

¹⁵³ Sur la problématique de la validité post mortem d'une levée du secret professionnel signée par un patient avant son décès, cf. ERARD/GUILLOD, op. cit.

discernement du défunt dans le cadre d'une action successorale) et la divulgation ne s'oppose pas à des intérêts prépondérants de tiers. A noter qu'en principe, il n'est pas nécessaire que tous les héritiers sollicitent ensemble la levée du secret médical¹⁵⁴.

En cas d'infraction, si le lésé meurt sans avoir porté plainte ni avoir expressément renoncé à porter plainte, son droit passe à chacun de ses proches (art. 30, al. 4, CP) ; si la révélation intervient après la mort du maître du secret, la doctrine dominante estime que les proches ne peuvent pas déposer plainte. Fait toutefois exception le cas dans lequel les proches seraient également maîtres du droit au secret. Par exemple, le Tribunal fédéral a admis que les parents d'un mineur dont le médecin révèle après sa mort le cours de la maladie ont qualité pour porter plainte pour leur propre compte, puisqu'ils peuvent être eux-mêmes lésés par la révélation¹⁵⁵.

IV. Relations avec l'APEA

1. Aviser l'APEA

Tout d'abord, il convient de distinguer entre le droit et l'obligation d'aviser l'APEA.

Ainsi, toute personne a le droit d'aviser l'APEA qu'une personne semble avoir besoin d'aide (art. 443, al. 1, CC). Concrètement, il s'agit d'un avis de danger laissant craindre un besoin de protection d'une personne en particulier. De manière générale, un avis à l'autorité ne devrait intervenir que si les informations relatives à une mise en danger sont certaines, afin de ne pas provoquer l'ouverture d'une instruction sur la base de faits incertains ou hypothétiques. Ce droit d'aviser ne dispense toutefois pas les personnes soumises au secret professionnel de s'en faire délier, soit par le patient, soit par décision du médecin cantonal¹⁵⁶. Cette particularité est importante. En effet, de manière générale, les dispositions instaurant un « droit » ou une « autorisation » de transmettre une information dispensent également de la levée du secret. Tel n'est pas le cas de l'article 443, alinéa 1, CC, en raison de la réserve expresse du secret professionnel.

A l'inverse, l'article 443, alinéa 2, CC prévoit une obligation d'annonce pour toute personne qui a connaissance d'un tel cas dans l'exercice de sa fonction officielle. En principe, celle-ci n'a pas besoin d'être déliée. L'expression « dans l'exercice de la fonction officielle » doit être comprise dans un sens large : elle couvre l'activité

¹⁵⁴ EIGENMANN/FANTI, Succession, données personnelles, numériques et renseignements, in : SJ 2017 II 193, 209 et les références citées.

¹⁵⁵ PC CP, n° 8 ad art. 321 et la référence citée ; CORBOZ, op. cit., n° 87 ad art. 321 CP.

¹⁵⁶ LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), op. cit., n° 4, 14 et 24 ad art. 443 CC ; MEIER/LUKIC, op. cit., n° 101.

de toute personne qui exerce des compétences de droit public, même si elle n'occupe pas un emploi de fonctionnaire ou d'employée dans une collectivité publique¹⁵⁷. Sont notamment concernés les autorités chargées de l'action sociale (art. 8, al. 2, et 49, lettre c, LASoc¹⁵⁸) et les curateurs¹⁵⁹. Quant aux enseignants et aux autorités scolaires, ils doivent dénoncer à l'APEA les menaces qui pèsent sur le développement et la santé d'élèves dont les parents, dûment informés, n'y remédient pas eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire (art. 77 LEO¹⁶⁰).

Se pose la question de savoir si les médecins exerçant une tâche publique sont soumis au droit ou à l'obligation d'annoncer une telle situation à l'APEA. Selon l'IDS, aucun argument convaincant ne justifie qu'un médecin exerçant une charge publique doive respecter une procédure différente de celle qui s'applique à ses confrères exerçant dans un cadre privé, ou dans un centre LAVI, lorsque des « secrets » relatifs à l'un de ses patients sont en jeu¹⁶¹. Comme cela a été dit, le secret professionnel l'emporte sur le secret de fonction lorsqu'il s'agit d'une information concernant le patient. Dès lors, les médecins de l'PH-JU et les médecins scolaires sont également soumis à l'article 443, alinéa 1, CC : ils ont le droit, et non l'obligation, d'aviser l'APEA, à condition toutefois d'être déliés de leur secret. Il en est de même des infirmiers scolaires, puisque nous avons vu qu'ils devaient au moins être considérés comme des auxiliaires en matière d'annonce à l'APEA (cf. ch. II 6.4).

Enfin, relevons que la violation de l'obligation de signaler à l'APEA peut engendrer des conséquences de nature disciplinaire¹⁶². Sous l'angle civil, le lésé pourrait également obtenir des dommages-intérêts et, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie, prétendre à une somme d'argent à titre de réparation morale (art. 454, al. 1, CC). La responsabilité incombe alors au Canton, la personne lésée n'ayant aucun droit contre l'auteur du dommage (art. 454, al. 3, CC) ; l'Etat jurassien dispose toutefois, même après la résiliation des rapports de service, d'une action récursoire contre l'employé qui a commis une faute de

¹⁵⁷ VAERINI Micaela, Guide pratique du droit de protection de l'adulte et de l'enfant, 2015, p. 173 et 174.

¹⁵⁸ Loi du 15 décembre 2000 sur l'action sociale (LASoc ; RSJU 850.1).

¹⁵⁹ Les curateurs professionnels sont soumis à l'article 443, alinéa 2, CC (ATF 121 IV 26). Tel n'est pas le cas des curateurs privés, qui sont toutefois également tenus d'annoncer en vertu des dispositions légales de protection de l'enfant et de l'adulte sur l'exercice de la curatelle (art. 405, al. 2, 406, al. 2, 411, al. 1, et 414 CC ; cf. LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), op. cit., n° 20, 21 et 25 ad art. 443 CC).

¹⁶⁰ Loi du 20 décembre 1990 sur l'école obligatoire (LEO ; RSJU 410.11).

¹⁶¹ BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 23 ss et les références citées. Dans ce sens, cf. AUER/MARTI, Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, 2012, n° 25 ad art. 443 CC. Cf. également Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification du Code civil (protection de l'enfant), décembre 2013, p. 18.

¹⁶² VAERINI Micaela, op. cit., p. 174.

manière intentionnelle ou par négligence grave (art. 63, al. 5, LPer). En outre, il n'est pas exclu que l'omission d'aviser puisse tomber, en droit pénal, sous le coup d'un délit par omission, lorsque la personne ayant besoin d'aide commet un crime ou un délit et que la réalisation du dommage aurait pu être évitée de cette manière-là¹⁶³.

2. Collaborer avec l'APEA

Lorsqu'une procédure est pendante devant l'APEA¹⁶⁴, les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si le patient y a consenti ou si le médecin cantonal les a déliés du secret professionnel (art. 448, al. 2, CC). Il est rappelé ici que l'APEA peut requérir la levée du secret professionnel devant le médecin cantonal, ce qui constitue une exception au principe selon lequel seul le détenteur du secret a la qualité pour agir.

A l'inverse, les autorités administratives et les tribunaux sont tenus de fournir les documents nécessaires, d'établir les rapports officiels et de communiquer les informations requises, à moins que des intérêts dignes de protection ne s'y opposent (art. 448, al. 4, CC). En droit jurassien, les autorités administratives sont définies à l'article 3 Cpa.

Par ailleurs, s'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui, les personnes soumises au secret professionnel ou au secret de fonction n'ont pas besoin de se faire délier du secret. Elles sont alors autorisées à communiquer les informations nécessaires à l'APEA (art. 453, al. 2, CC). La notion de « danger » laisse une marge d'appréciation importante. Pour la mise en danger de l'intéressé, la doctrine estime qu'un degré de probabilité élevé doit être exigé (par exemple, grave état d'abandon, tendances suicidaires ou automutilation). Pour le risque d'atteintes graves envers les tiers, l'intensité doit être celle d'un crime (art. 10, al. 2, CP) ou d'un délit (art. 10, al. 3, CP)¹⁶⁵. Dans une telle situation, l'APEA, les services concernés¹⁶⁶ et la police sont tenus de collaborer (art. 453, al. 1, CC).

¹⁶³ ATF 120 IV 136, consid. 2b.

¹⁶⁴ Dans le canton du Jura, l'organisation et le fonctionnement de l'APEA jurassienne est réglée par la loi du 23 mai 2012 sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte (RSJU 213.1).

¹⁶⁵ STECK, op. cit., n° 3 à 5 ad art. 453 CC et les références citées. Il peut également être renvoyé aux considérations sur l'urgence au ch. III 4.

¹⁶⁶ L'expression « services concernés » recouvre toutes sortes de services, comme par exemple, les services sociaux et psychiatriques, l'aide aux victimes, les soins à domicile, le conseil en matière de dettes, l'institution de l'assurance sociale, les tribunaux, les autorités de poursuite et les autorités d'exécution des peines (Message du Conseil fédéral

3. Cas particulier des mineurs

Il existe différentes bases légales spéciales lorsque le besoin de protection concerne un mineur.

Tout d'abord, l'article 364 CP dispose que les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction peuvent aviser l'APEA des infractions commises à l'encontre de mineurs, lorsqu'il y va de leur intérêt. Selon la doctrine, il suffit déjà que le détenteur du secret ait des motifs sérieux de penser qu'il s'agit d'un acte punissable. Le pouvoir d'avertir l'autorité porte non seulement sur le secret du mineur en tant que victime, mais également sur celui de l'auteur ou d'un tiers¹⁶⁷. Dans la mesure où l'article 364 CP n'émet pas de réserve quant au principe du secret, une levée du secret professionnel n'est pas nécessaire.

Le droit jurassien va plus loin, ce que le droit fédéral permet¹⁶⁸. Non seulement il étend le droit d'annonce en matière de mineurs, puisqu'une infraction n'est pas nécessaire, mais il instaure également une obligation d'informer l'APEA dans certaines situations. Ces lignes directrices sont inscrites à l'article 26 LiCC¹⁶⁹, qui renvoie aux articles 12 et 13 de la loi du 22 novembre 2006 sur la politique de la jeunesse¹⁷⁰. A première vue, la systématique de ces deux dispositions est comparable à celles de l'article 443 CC.

Ainsi, toute personne qui constate ou dispose d'éléments fondés pour présumer qu'un enfant est victime de mauvais traitements, de quelque nature que ce soit, ou ne reçoit pas les soins et l'attention commandés par les circonstances, a le droit d'en informer l'APEA (art. 12 de la loi sur la politique de la jeunesse).

En outre, si cette personne est un agent public ou communal qui acquiert connaissance d'une telle situation dans l'exercice de ses fonctions, elle est alors tenue d'en informer l'APEA ou son supérieur hiérarchique à l'intention de cette dernière (art. 13, al. 1, de la loi sur la politique de la jeunesse).

L'article 13, alinéa 2, de la loi sur la politique de la jeunesse, selon lequel l'obligation d'annoncer vaut également pour toute personne ayant, à titre professionnel, des contacts réguliers avec des enfants, constitue une particularité

concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635 ss, 6723).

¹⁶⁷ STECK, op. cit., n° 38 ad art. 448 CC et les références citées.

¹⁶⁸ Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635 ss, 6708. L'article 443, alinéa 2, CC constitue ainsi une exigence minimale de droit fédéral. Les cantons doivent toutefois faire preuve de retenue en la matière, sous peine de vider le secret professionnel de sa substance (LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), op. cit., n° 26 ad art. 443 CC).

¹⁶⁹ Loi d'introduction du Code civil suisse du 9 novembre 1978 (LiCC ; RSJU 211.1).

¹⁷⁰ RSJU 853.21.

jurassienne. Quid des personnes soumises au secret professionnel, tels qu'un médecin scolaire ou un pédiatre exerçant à titre privé ? Sont-ils soumis au régime de l'article 12 (droit d'annoncer) ou à celui de l'article 13, alinéa 2 (obligation d'annonce) ? La systématique de la loi laisse à penser que l'article 13, alinéa 2, vise une catégorie résiduelle de professionnels n'étant pas visés par l'alinéa premier. Le message confirme cette interprétation, puisqu'il cite les assistants sociaux, les éducateurs, les enseignants dans les écoles privées, voire les professeurs de musique, de danse ou de sport¹⁷¹, soit des professionnels qui ne sont ni soumis au secret professionnel ni au secret de fonction. En outre, selon le Tribunal fédéral, le droit cantonal ne peut pas prévoir une obligation générale de renseigner dans de telles circonstances sans vider de leur substance les dispositions fédérales sur le secret professionnel¹⁷². En effet, en adoptant l'article 364 CP, le législateur fédéral entendait régler de manière exhaustive la question du signalement des cas de maltraitance à l'encontre de mineurs par des personnes tenues au secret professionnel selon l'article 321 CP. Dès lors, une disposition cantonale prévoyant pour cette catégorie de personnes une obligation de signalement est contraire au principe de la primauté du droit fédéral¹⁷³. Enfin, l'article 13, alinéa 2, ne nomme pas expressément les professionnels soumis au secret professionnel, ce qui serait de toute manière insuffisant sous l'angle de l'article 321, ch. 3, CP et du respect du principe «*lex specialis derogat generali*»¹⁷⁴.

Au vu de ces éléments, nous parvenons à la conclusion que les personnes soumises au secret professionnel de l'article 321 CP ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 13, alinéa 2, de la loi sur la politique de la jeunesse. Elles ont donc le droit d'aviser l'APEA dans de telles circonstances, mais non l'obligation. Une telle conclusion est d'ailleurs cohérente vis-à-vis du rôle de

¹⁷¹ JDD 2000, p. 615.

¹⁷² TF 1B_330/2014 du 12 novembre 2014, consid. 4.4.

¹⁷³ GUILLOD/WINKLER, op. cit., n° 118 ss. Ces auteurs sont notamment parvenus à cette conclusion s'agissant de l'ancienne teneur de l'article 26, alinéas 2 et 3, de la loi du 4 mai 2004 sur la protection des mineurs du canton de Vaud (LProMin ; RSV 850.41), qui prévoyait une obligation générale d'annonce s'étendant notamment aux médecins. Les alinéas 2 et 3 ont été abrogés depuis lors. Cf. également HIRSIG-VOUILLOZ, op. cit., p. 203.

¹⁷⁴ Au surplus, les professionnels concernés disposent d'une formation qui leur permet en principe d'appréhender les situations de maltraitance et de choisir au mieux la suite à donner à la révélation d'abus que ferait un enfant. Ils ont connaissance du dossier médical de l'enfant et des rapports qu'il entretient avec sa famille. Selon ces auteurs, il est donc peu convaincant qu'un médecin soit soumis au même régime qu'un professeur de sport (GUILLOD/WINKLER, op. cit., n° 81, 87 et 126.

confident que peuvent jouer les professionnels concernés en pratique (en particulier, pour le service de santé scolaire, cf. ch. II 6.4)¹⁷⁵.

S'agissant de la collaboration avec l'autorité, ce n'est pas l'article 453 CC qui s'applique pour un mineur, mais l'article 317 CC, qui règle, dans l'intérêt de l'enfant, la collaboration dans les domaines de la protection de l'enfance, dans ses aspects civils, du droit pénal des mineurs et des autres formes d'aide à la jeunesse. Les articles 20 DPMIn¹⁷⁶, 75 CPP¹⁷⁷, 364 CP et 11, alinéa 3, LAVI¹⁷⁸ peuvent également trouver application¹⁷⁹.

V. Dénonciation pénale

En droit jurassien, les autorités de poursuites pénales sont la police judiciaire et le Ministère public (art. 5 LiCPP¹⁸⁰). Sous réserve de l'omission de prêter secours (art. 128 CP) et de l'annonce en cas de mort suspecte au Ministère public (art. 253, al. 4, CPP ; art. 28 LiCPP), les professionnels œuvrant dans le domaine de la santé ne sont pas tenus d'aviser une autorité de poursuite pénale d'une éventuelle infraction. Même lorsqu'il s'agit d'infractions commises à l'encontre de mineurs, l'article 364 CP et les articles 12 et 13 de la loi sur la politique de la jeunesse ne visent que la communication à l'APEA (cf. ch. IV 3), à charge pour celle-ci d'aviser, s'il y a lieu, les autorités de poursuite pénale (art. 13, al. 3).

L'annonce directe aux autorités de poursuites pénales est toutefois possible pour les professionnels soumis à autorisation de pratiquer, sauf les pharmaciens¹⁸¹. Les faits doivent permettre de supposer la commission d'un crime ou d'un délit et l'intérêt à la découverte de l'acte doit l'emporter sur l'intérêt au maintien du secret professionnel (art. 23 de l'ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire et 18 de l'ordonnance sur

¹⁷⁵ Selon le Conseil fédéral, il serait en effet contre-productif que les mineurs ayant besoin d'aide ne puissent plus se confier à la personne compétente. Le professionnel concerné signalera le cas à l'APEA si les intérêts du mineur l'exigent. Si ce dernier est capable de discernement, il sera indiqué de recueillir son consentement, dans la mesure où cela est possible et utile (Rapport explicatif sur l'avant-projet de modification du Code civil (protection de l'enfant), op. cit., p. 18).

¹⁷⁶ Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn ; RS 311.1).

¹⁷⁷ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

¹⁷⁸ Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI ; RS 312.5).

En droit jurassien, cf. l'article 11 de la loi du 20 juin 2001 portant introduction à la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LiLAVI ; RSJU 312.5).

¹⁷⁹ STECK, op. cit., n° 2 ad art. 443 CC.

¹⁸⁰ Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 16 juin 2010 (CPP ; RS 321.1).

¹⁸¹ L'ordonnance sur les pharmacies, les produits thérapeutiques et les stupéfiants ne prévoit pas un tel droit.

les professions de la santé). En cas de doute, les professionnels concernés peuvent prendre l'avis du médecin cantonal, respectivement du vétérinaire cantonal pour les vétérinaires. A priori, ces dispositions les dispensent également de requérir la levée du secret¹⁸², même si nous émettons quelques réserves à ce sujet¹⁸³.

Sous l'angle du secret de fonction, l'article 24, alinéa 2, LPer dispose que l'employé qui acquiert, dans l'exercice de son activité, la connaissance d'une infraction en informe sa hiérarchie qui décide de la suite à donner. Cette disposition ne permet donc pas une dénonciation directe auprès d'une autorité de poursuite pénale. De plus, il est admis en pratique qu'une autorisation du chef de Département est requise en matière de dénonciation pénale (art. 26 LPer par analogie).

¹⁸² En ce sens, cf. BRUNNER/AMEY, op. cit., p. 27.

¹⁸³ Il est douteux qu'une ordonnance cantonale suffise pour instaurer un tel droit d'annonce, sans levée, pour des personnes soumises au secret professionnel. Certes, ces deux ordonnances se fondent sur l'article 72, alinéa 1, lettre e, LSan, qui confère au Gouvernement la compétence de régler, par voie d'ordonnance, les conditions d'exercer les professions sanitaires, mais clause de délégation est particulièrement large. A notre sens, il serait préférable qu'un tel droit d'annonce figure dans la LSan elle-même, d'autant plus qu'il vise toutes les professions sanitaires soumises à autorisation de pratiquer. Dans les cas particulièrement sensibles, il conviendrait donc de faire preuve de prudence et de prendre l'avis du médecin cantonal quant à la nécessité d'une levée du secret professionnel dans un cas d'espèce.

VI. Tableau récapitulatif

	Secret médical*	Secret de fonction	Aviser l'APEA	
			Adultes	Mineurs
Médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues et leurs auxiliaires	OUI	NON	Droit, mais levée nécessaire	Droit
Fonctionnaires, membres d'une autorité, curateurs	NON	OUI	Devoir	Devoir
Médecins H-JU, CMP, Clinique Le Noirmont, médecins scolaires	OUI	OUI	Droit, mais levée nécessaire	Droit
Infirmiers scolaires	**	OUI	Droit, mais levée nécessaire	Droit
Infirmiers du Centre de puériculture	NON	OUI	Devoir	Devoir
Infirmiers scolaires et infirmiers du Centre de puériculture dès 2020***	OUI	OUI	Droit, mais levée nécessaire	Droit
Infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes et ostéopathes dès 2020***	OUI	NON	Droit, mais levée nécessaire	Droit

- * : les professionnels disposant d'une autorisation de pratiquer :
- sont également soumis au secret professionnel en tant que devoir professionnel (disciplinaire)
 - peuvent aviser le Ministère public ou la police, a priori sans être déliés (sauf les pharmaciens)

** : sous l'angle pénal, il est douteux que les infirmiers scolaires soient soumis au secret professionnel. Les cas d'annonce à l'APEA font toutefois exception à notre sens, car ils agissent alors en tant qu'auxiliaires des médecins scolaires (cf. ch. II 6.4.)

*** : la LPSan et la modification de l'article 321 CP entreront probablement en vigueur en 2020

VII. Témoignage

Le témoignage en matière pénale et civile est régi par les dispositions du CPP, respectivement du CPC¹⁸⁴. En matière administrative, le témoignage est plus rare car l'autorité n'y recourt que si les faits ne peuvent être suffisamment élucidés à l'aide des autres moyens de preuve (art. 63, al. 1, Cpa) ; les dispositions du CPC s'appliquent également quant aux conditions et à l'étendue du devoir de

¹⁸⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

témoigner, par renvoi de l'article 64 Cpa¹⁸⁵. Les dispositions spéciales sont réservées, notamment devant l'APEA (art. 63, al. 2, let. f, Cpa¹⁸⁶ ; cf. ch. IV 2).

Les personnes soumises au secret professionnel ont le droit de refuser de témoigner. Toutefois, ce droit est dit « restreint » car ils doivent témoigner lorsqu'elles sont soumises à l'obligation de dénoncer ou lorsqu'elles sont déliées du secret par le patient ou par le médecin cantonal. Il existe une exception à l'exception : l'obligation de témoigner tombe si elles rendent vraisemblable que l'intérêt du patient au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 171 CPP et 166, al. 1, let. b, et al. 2, CPC).

Il faut garder à l'esprit qu'un délai de réflexion est souvent possible. Sauf exception, le médecin ne devrait pas se laisser mettre sous pression par des demandes instantes¹⁸⁷. Encore une fois, il est lui loisible de prendre l'avis du médecin cantonal en cas de doute.

Par ailleurs, lorsque le détenteur du secret est lui-même prévenu, il ne saurait invoquer le secret médical pour refuser de témoigner¹⁸⁸.

S'agissant des personnes soumises au secret de fonction, elles peuvent refuser de collaborer à l'établissement de faits qui leur ont été confiés en leur qualité officielle de fonctionnaire au sens de l'article 110, alinéa 3, CP ou de membre d'une autorité, ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions¹⁸⁹. Elles sont toutefois tenues de collaborer si elles sont soumises à une obligation de dénoncer ou si l'autorité compétente les y a habilitées (art. 170, al. 1 et 2, CPP et 166, al. 1, let. c, CPP). En matière pénale, l'autorité peut également leur ordonner de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret (art. 170, al. 3, CPP).

VIII. Conclusion

Si besoin était de le rappeler, les problématiques liées au secret médical sont nombreuses et complexes. La pratique nous enseigne quotidiennement que chaque situation est différente et qu'il n'est pas possible de prévoir de manière

¹⁸⁵ BROGLIN/WINKLER DOCOURT, Procédure administrative – Principes généraux et procédure jurassienne, 2015, n° 263,

¹⁸⁶ L'article 63, alinéa 2, Cpa énumère les autorités compétentes pour ordonner un témoignage en matière administrative.

¹⁸⁷ MARTIN/GUILLOD, op. cit., p. 2051.

¹⁸⁸ HIRSIG-VOUILLOZ, op. cit., p. 203. Pour un exemple, cf. ATF 141 IV 77.

¹⁸⁹ En vertu de l'article 26 LPer, un employé de l'Etat jurassien doit toutefois requérir la levée de son secret de fonction auprès de l'autorité supérieure pour déposer en justice ou y produire des pièces (cf. ch. III 2).

schématique la réponse à apporter dans un cas d'espèce. Le praticien trouvera dans la présente contribution des lignes directrices, fédérales et jurassiennes, en matière de transmission d'une information soumise au secret professionnel, respectivement au secret de fonction. Bien évidemment, il n'appartient pas à une personne disposant d'une formation médicale de trancher des questions juridiques ardues. En cas de doute dans une situation donnée, il demeure loisible aux professionnels concernés de prendre l'avis du médecin cantonal. Si nécessaire, celui-ci pourra également aborder le cas avec le Service juridique. La collaboration entre ces deux entités a permis d'apporter des réponses pragmatiques et rapides dans de nombreux cas. Enfin, quelles que soient les circonstances, il ne faut pas perdre de vue que le bon sens doit prévaloir. Dans la pesée entre l'intérêt à la révélation et celui au maintien du secret, il nous paraît évident que l'intérêt du patient doit jouer un rôle prépondérant.

