



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence

SECRET MÉDICAL

ET PROTECTION DES DONNÉES

FONDEMENTS JURIDIQUES ET ASPECTS PRATIQUES

PPDT | PRÉPOSÉ CANTONAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE

SOMMAIRE

1 | PRÉAMBULE

2 | INSTITUTIONS PUBLIQUES GENEVOISES ET DROIT APPLICABLE

3 | RAPPEL DU SERMENT D'HIPPOCRATE (450 - 356 AV. J.-C)

4 | LE SECRET MÉDICAL RÉGI PAR LE CODE PÉNAL SUISSE

5 | LE SECRET DE FONCTION

6 | LE SECRET PROFESSIONNEL DANS LA RECHERCHE SUR L'ÊTRE HUMAIN

7 | LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES DU POINT DE VUE DE LA LOI SUR L'INFORMATION DU PUBLIC, L'ACCES AUX DOCUMENTS ET LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES (LIPAD)

8 | LE DOSSIER MÉDICAL ÉLECTRONIQUE (DEP)

9 | CONCLUSION

1 | PRÉAMBULE

La présente brochure a été initialement élaborée à la suite d'une rencontre organisée par le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence le 10 juin 2014, dont le compte rendu figure sur le site internet du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence¹. Elle a fait l'objet d'une mise à jour complète en décembre 2023.

Ce document met en évidence **quelques éléments clefs du dispositif en place à Genève en matière de protection des données personnelles dans le champ particulier de la santé**. Il renseigne les administrés sur leurs droits et s'adresse également aux professionnels des institutions publiques intéressés par le suivi médical de personnes, qu'ils travaillent dans la prévention, le diagnostic, les soins, la recherche médicale ou les assurances sociales notamment.

Les questions qui se posent dans cette matière complexe sont **nombreuses et variées**. C'est **au sein de chaque institution publique que la réflexion doit d'abord être menée**, en collaborant étroitement avec le responsable de la protection des données personnelles (**responsable LIPAD**) désigné en application de l'art. 50 de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD²). La **liste** des responsables LIPAD des institutions publiques genevoises figure sur le site internet du Préposé cantonal³.

2 | INSTITUTIONS PUBLIQUES GENEVOISES ET DROIT APPLICABLE

Un des **objectifs** du présent document est l'application du droit public genevois, en particulier de la LIPAD, à Genève, par les institutions publiques (cf. art. 3 LIPAD et 3 al. 1^{er} RIPAD), notamment⁴ :

- Les différents services de la direction générale de la santé, rattachée au département de la santé et des mobilités (DSM) :
 - Service du médecin cantonal
 - Service du pharmacien cantonal
 - Service du réseau de soins
 - Service de la santé numérique, de l'économie de la santé et de la planification

Ainsi que certaines commissions qui en dépendent :

- Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients
- Commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel⁵
- Le Service de santé de l'enfance et de la jeunesse, le Service dentaire scolaire, relevant de direction de la promotion de la santé et de la prévention pour l'enfance et la jeunesse, l'Office médico-pédagogique, du département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP)
- Le Service de santé du personnel de l'Etat, relevant de l'office du personnel de l'Etat, du département des finances, des ressources humaines et des affaires extérieures (DF)
- La Faculté de médecine, les instituts et autres services de recherche dans le domaine médical de l'Université de Genève

¹ <https://www.ge.ch/organisation/protection-donnees-transparence> ; <https://www.ge.ch/document/18923/annexe/1>.

² rsGE A 2 08.

³ <https://outil.ge.ch/chacatfich/#/catalog/institution>.

⁴ Pour consulter la liste des institutions soumises à la LIPAD, cf. <https://outil.ge.ch/chacatfich/#/catalog/institution>.

⁵ Cf. 4.2 ci-après.

- Les établissements publics médicaux (HUG),
- L'Institution genevoise de maintien à domicile (IMAD)
- La Maison de retraite du Petit-Saconnex, la Maison de Vessy, la Fondation pour l'exploitation de pensions pour personnes âgées "la Vespérale"
- L'Office cantonal des assurances sociales (OCAS)
- Les Etablissements publics pour l'intégration (EPI)
- La Fondation officielle de la jeunesse (FOJ)
- Le personnel médical employé dans les établissements pénitentiaires genevois : Prison de Champ-Dollon; Centre éducatif de détention et d'observation de la Clairière; Établissement fermé de La Brenaz; Établissement fermé de Favra; Établissement ouvert du Vallon; Établissement ouvert de Villars; Établissement fermé de Curabilis

Etant donné la **complexité de la matière**, la présente brochure présente également d'autres sources pouvant intervenir en matière de protection des données et de secret médical, ainsi que leur articulation.

2.1 | Droit international

La protection de la sphère privée en général est garantie au niveau international par la **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)**⁶ (**art. 8**) et par la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)⁷ (art.12).

S'agissant de **l'art. 8 CEDH**, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant cette disposition joue un rôle fondamental.

Il découle en effet clairement des arrêts de la Cour que la **protection des données à caractère personnel fait partie des droits fondamentaux** protégés par la CEDH. L'on peut citer à cet égard un arrêt de 1997 concernant la confidentialité des données médicales dans lequel il était relevé que « ... la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale ... Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la convention capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de la santé en général ⁸ » .

En ce qui concerne plus précisément les données à caractère personnel, la **Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel**⁹ (**STE n° 108**), a été signée à Strasbourg le 28 janvier 1981¹⁰. Elle est entrée **en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1998**, après que sa ratification ait été approuvée par l'Assemblée fédérale le 5 juin 1997. S'agissant de son champ d'application, les parties signataires s'engagent à appliquer les règles fixées par la convention

⁶ RS 0.101.

⁷ <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration>.

⁸ Cour EDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande, n° 22009/93 et Cour EDH, 30 août 2022, Y. G c. Russie, § 44. Sur la jurisprudence de la Cour, cf. la fiche thématique du Service d'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (septembre 2022), en matière de protection des données personnelles, régulièrement mise à jour : <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-personal-data-protection-fra/1680a811eb>

⁹ RS 0.235.1

¹⁰ <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/108.htm>; voir le rapport explicatif du Conseil de l'Europe, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/108.htm>

aux fichiers et aux traitements automatisés de données à caractère personnel tant dans les secteurs publics que privé (cf. art. 1^{er} et 3 STE 108).

Cet instrument a été le premier – et reste le seul, à ce jour – à prévoir des **normes internationales juridiquement contraignantes spécifiques à la protection des données personnelles**. Ses normes ne sont toutefois **pas directement applicables** (*self executing*) et les individus ne peuvent pas en tirer directement des droits. La convention est accompagnée d'un **Protocole additionnel** pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001 (STE n° 181)¹¹.

Ce sont les parties signataires à la convention qui s'engagent à en incorporer les principes dans leur législation interne. **L'objectif central de la Convention 108** est de lutter contre les abus dans la collecte de données personnelles, de traiter des flux de données à l'extérieur des frontières nationales et de prévoir des mécanismes d'entraide et de consultation entre les parties signataires de la convention. **Les principes** définis par la convention touchent également à la qualité des données personnelles, qui doivent être traitées de manière adéquate, pertinente, exacte et conforme au principe de la proportionnalité. La Convention 108 interdit de traiter des données personnelles sensibles - portant sur l'origine raciale, les opinions politiques, la santé, les convictions religieuses, l'orientation sexuelle ou les condamnations pénales – en l'absence de garanties offertes par le droit interne¹². **La Convention 108 et son protocole additionnel ont été révisés** dans le double but de, premièrement, traiter les problèmes liés au respect de la vie privée résultant de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) et d'améliorer, ensuite, le mécanisme de suivi de la Convention. Le 18 mai 2018, la 128^{ème} session ministérielle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le Protocole d'amendement (STCE n°223) à la Convention 108 et a entériné son rapport explicatif. Le Protocole d'amendement a été ouvert à la signature le 10 octobre 2018. Pour la Suisse, dans un communiqué daté du 30 octobre 2019, le Conseil fédéral a annoncé l'avoir signé. Le **7 septembre 2023**, la Suisse a **ratifié la Convention 108+**. **Son entrée en vigueur est attendue pour 2024**¹³.

Il **faut également** prendre en considération la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (**Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine**) (connue sous le nom de Convention d'**Oviedo**, lieu où elle a été signée), du **4 avril 1997** (STCE 164), approuvée par la Suisse le 20 mars 2008 et entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008¹⁴. L'art. 10 de la convention rappelle le respect du droit à la vie privée en ce qui concerne les données relatives à la santé et n'autorise des exceptions qu'à des conditions restrictives, selon une articulation que l'on retrouve dans notre droit interne (soit celles prévues par la loi, qui sont nécessaires à la protection de la sécurité ou de la santé publique, à la prévention d'infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui; voir l'art. 26 de la convention. Cette convention est complétée de plusieurs protocoles additionnels¹⁵.

¹¹ RS 0.235.11. Cf. ég. Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, Rapport annuel 2022, p.3.

¹² Conseil de l'Europe, Convention 108, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=108> et Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, Rapport annuel 2022, p. 3.

¹³ Conseil de l'Europe "CPDP 2023 : Quels changements en 2024 avec l'entrée en vigueur de la convention 108+ ? <https://www.coe.int/fr/web/data-protection/-/cpdp-2023-what-will-change-in-2024-with-convention-108-in-force;> <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/kurzmeldungen/2023/convention108.html#:~:text=La%20Suisse%20ratifie%20la%20Convention%20108%2B%2008.09.2023%20-%20108%20de%201981%20pour%20la%20protection%20des%20donn%C3%A9es.>

¹⁴ RS 0.810.2.

¹⁵ Protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains (ratifié par la Suisse le 24 juillet 2008, le protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2008 sur le territoire helvétique) (RS 0.810.21). (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=168>) ; Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, du 24 janvier 2002 (ratifié par la Suisse le 10 novembre 2009 avec trois réserves concernant le prélèvement sur des personnes vivantes, le protocole additionnel relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine est entré en vigueur le 1^{er} mars 2010 sur le territoire helvétique) (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=186>) (RS 0.810.22) ; Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, relatif à la recherche

2.2 | Droit interne

Tout d'abord, rappelons que la **Constitution fédérale**, du 18 avril 1999, garantit le **droit à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst)** et protège chacune et chacun contre l'emploi abusif des données qui la concernent (art. 13 al. 2 Cst). On retrouve cette protection en droit interne genevois à l'art. 21 al. 2 Cst. GE.

Soulignons également que le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 7 janvier 2014, déduit de ces dispositions constitutionnelles un **droit à l'"autodétermination en matière d'information"**, soit le droit pour toute personne d'être à même de déterminer si et dans quel but des données qui la concernent peuvent être traitées et enregistrées par des tiers quels qu'ils soient, privés ou provenant du secteur public¹⁶. Ce droit avait été antérieurement déduit de l'art. 4 de l'ancienne Constitution fédérale et formulé en tant que *"droit qui protège les individus des atteintes qui proviennent d'un traitement étatique de leurs données personnelles. Chaque personne devrait pouvoir déterminer elle-même si et dans quels buts des informations à son sujet peuvent être traitées"*¹⁷. Rappelons que, **comme tout droit fondamental, il peut être restreint aux conditions posées par l'art. 36 Cst.** Cependant, *"la protection offerte par les droits fondamentaux s'étend (...) au recueil, à la compilation et à la communication mais aussi à la simple collecte et conservation de données ayant un lien suffisamment étroit avec une personne. (...). La protection des données personnelles revêt une importance particulière dans le domaine des traitements médicaux car les informations sur la constitution physique et psychique d'une personne sont particulièrement sensibles et donc susceptibles de faire l'objet d'abus"*¹⁸.

Entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002 et révisée en 2008, **la LIPAD poursuit cet objectif de protection des droits fondamentaux des personnes physiques ou morale de droit privé quant aux données personnelles les concernant** (cf. art. 1^{er} al. 2 lit.b LIPAD).

A Genève, **la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS)**¹⁹ contient dans son chapitre V, une section 3 relative au traitement des données relatives à la santé du patient (art. 52 à 58 LS) applicable à « *tout professionnel de la santé* », qu'il relève du secteur privé comme du secteur public. Cette loi institue une instance de médiation pour aider patients et professionnels de la santé à trouver des solutions amiables à leurs différends (art. 11)²⁰. Ses compétences sont réglées par la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et droits des patients du 7 avril 2006 (LComPS²¹)

biomédicale, du 25 janvier 2005 (non encore signé par la Suisse) (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatyid=195>) ; Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, du 7 mai 2008 (non encore signé par la Suisse) (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatyid=203>).

¹⁶ "Die Bewegungsfreiheit ist als Teil der persönlichen Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV garantiert. Sie kann wie andere Grundrechte nach den Kriterien von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und haben sich schliesslich als verhältnismässig zu erweisen. Die Kerngehaltsgarantie ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang (vgl. BGE 137 I 31 E. 6.2 S. 45). Denselben Voraussetzungen unterliegt die Einschränkung des grundrechtlichen Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 13 Abs. 2 BV). Der Anspruch impliziert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden": ATF 140 I 22, consid. 9.1.

¹⁷ Arrêt 2P.165/2004, consid. 7.3; ATF 129 I 232 consid. 4.3.1.

¹⁸ GLASER Andreas, "Avis de droit succinct sur des questions concernant le consentement et la présomption de consentement ainsi que la participation d'institutions de droit public à une communauté dans le contexte du projet de loi sur le dossier électronique du patient", p. 5, sur le site www.e-health-suisse.ch. Et plus récent, cf. le site de l'administration fédérale, **Guide de législation en matière de protection des données**, Conséquences de la nouvelle loi sur la protection des données sur l'élaboration de bases légales, **Berne 2022**, avec référence au TF, p. 4s et 8 (<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/datenschutz/info-bundesbehoerden.html>).

¹⁹ rsGE K 1 03.

²⁰ **Si la médiation n'aboutit pas** ou si le souhait est de saisir directement une commission étatique, il s'agira de s'adresser à la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (CSPSPD), Rue Adrien-Lachenal 8, 1207 Genève (art. 10 LS) (<https://www.ge.ch/organisation/dgs-commission-surveillance-professions-sante-droits-patients>). Quant aux compétences et/ou l'organisation de ces instances et Commission, cf. la LComPS, notamment art. 1^{er} ss et 16 LComPS.

²¹ rsGE K 3 03.

La nouvelle **loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020**, en vigueur le 1^{er} septembre 2023 (LPD)²², complétée par l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 31 août 2022, en vigueur le 1^{er} septembre 2023 (OPDo)²³, régit le traitement de données personnelles concernant des personnes physiques effectué par des personnes privées ou des organes fédéraux (art. 2 al. 1^{er} let. a et b LPD). Les institutions publiques communales et cantonales genevoises, quant à elles, sont soumises à la LIPAD (art. 3 LIPAD) (cf. art. 3 al. 4 LIPAD).

Bien que la LPD ne soit pas applicable aux entités publiques cantonales et communales genevoises, le **droit fédéral** constitue néanmoins une **base de référence en matière de protection des données en tant qu'il rappelle les principes fondamentaux**²⁴. En outre, nombre de questions juridiques et techniques se posent souvent de façon analogue à Genève et ont d'ores et déjà été analysées par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence²⁵.

Quant au **volet relatif à la protection des données personnelles**, il faut **retenir une chose** qui a pu faire l'objet de malentendus par le passé : les médecins indépendants, les psychologues, les psychothérapeutes, tout autre professionnel de la santé, le personnel d'entreprises privées (assurances et caisses-maladies notamment), toute autre entité de droit privé à laquelle des tâches sont déléguées par le biais de contrats de prestations (des cliniques privées comme l'Hôpital de la Tour par exemple ou des associations comme le Centre LAVI) ou qui sont soutenues financièrement par le biais de subventions (par exemple l'association Viol Secours) **sont soumis à la loi fédérale (LPD) et non à la loi cantonale (LIPAD)**, la **réserve formulée à l'art. 3 al. 4 LIPAD** étant très claire à cet égard.

Depuis une vingtaine d'années, au plan fédéral, bon nombre de **lois spécifiques à des domaines particuliers** ont été adoptées à la faveur de compétences attribuées au législateur fédéral²⁶, en particulier les :

- Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), du 18 décembre 1998²⁷.
- Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004 (Loi sur la transplantation)²⁸.
- Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH), du 8 octobre 2004²⁹.
- Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd), du 23 juin 2006³⁰.
- Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy), du 18 mars 2011³¹.
- Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH), du 30 septembre 2011³².
- Loi fédérale révisée sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies) (LEp), du 28 septembre 2012³³.
- Loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP) du 19 juin 2015³⁴.

²² RS 235.1.

²³ RS 235.11.

²⁴ Voir à ce propos, en matière de transparence, la Cour de justice qui énonce que « *par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD* » (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a).

²⁵ Se référer au site internet www.edoeb.admin.ch.

²⁶ Sur le plan de la **répartition des compétences** entre la Confédération et les cantons, les législateurs cantonaux peuvent légiférer en matière de soins de santé et de droits des patients. Selon le principe de subsidiarité, les cantons sont compétents dès lors que la Constitution fédérale n'attribue pas une compétence expresse à la Confédération (art. 3 Cst). De telles compétences fédérales existent en vertu des articles 118 ss Cst ainsi que dans les domaines des assurances sociales.

²⁷ LPMA; RS 810.11.

²⁸ RS 810.21.

²⁹ RS 810.12.

³⁰ RS 811.11.

³¹ RS 935.81.

³² RS 810.30.

³³ RS 818.101.

³⁴ RS 816.1.

Ces lois **peuvent contenir des dispositions spéciales** en matière de protection des données personnelles qui l'emporteront alors sur les dispositions générales en la matière. Il faut donc **toujours bien examiner le sujet d'espèce pour savoir quelles dispositions s'appliquent** dans un cas donné, en **concours** ou comme *lex specialis*.

3 | RAPPEL DU SERMENT D'HIPPOCRATE (450 - 356 AV. J.-C)

L'**origine** du **secret médical** a plus de 2000 ans. Hyppocrate, qui avait appris la médecine, initiait de nombreuses personnes à son art en exigeant des jeunes médecins le serment suivant :

« Je jure par Apollon médecin, par Esculape, Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, et je les prends à témoin que, dans la mesure de mes forces et de mes connaissances, je respecterai le serment et l'engagement écrit suivant :

Mon Maître en médecine, je le mettrai au même rang que mes parents. Je partagerai mon avoir avec lui, et s'il le faut je pourvoirai à ses besoins. Je considérerai ses enfants comme mes frères et s'ils veulent étudier la médecine, je la leur enseignerai sans salaire ni engagement. Je transmettrai les préceptes, les explications et les autres parties de l'enseignement à mes enfants, à ceux de mon Maître, aux élèves inscrits et ayant prêté serment suivant la loi médicale, mais à nul autre.

Dans toute la mesure de mes forces et de mes connaissances, je conseillerai aux malades le régime de vie capable de les soulager et j'écarterai d'eux tout ce qui peut leur être contraire ou nuisible. Jamais je ne remettrai du poison, même si on me le demande, et je ne conseillerai pas d'y recourir. Je ne remettrai pas d'ovules abortifs aux femmes.

Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans la pureté et le respect des lois. Je ne taillerai pas les calculeux, mais laisserai cette opération aux praticiens qui s'en occupent. Dans toute maison où je serai appelé, je n'entrerai que pour le bien des malades. Je m'interdirai d'être volontairement une cause de tort ou de corruption, ainsi que toute entreprise voluptueuse à l'égard des femmes ou des hommes, libres ou esclaves.

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.

Si je respecte mon serment sans jamais l'enfreindre, puissé-je jouir de la vie et de ma profession, et être honoré à jamais parmi les hommes. Mais si je viole et deviens parjure, qu'un sort contraire m'arrive ! »

4 | LE SECRET MÉDICAL RÉGI PAR LE CODE PÉNAL SUISSE

Le secret médical est la **base de la relation de confiance** nouée entre le patient et son médecin traitant. C'est parce que le médecin est lié par le secret que le patient lui dévoile des informations relevant de sa sphère privée qui vont permettre de nouer la relation de soins³⁵.

Au plan juridique, il constitue un aspect du secret professionnel protégé par **l'article 321 du Code pénal (CP)**³⁶ intitulé "*violation du secret professionnel* » et qui dispose que :

1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi que leurs auxiliaires, qui

³⁵ Cf. par exemple Frédéric ERARD, Le secret médical, Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, thèse, Zurich (Sui Generis), 2021, N 68 ; Yves DONZALLAZ, Traité de droit médical, Volume II, le médecin et les soignants, Berne (Stämpfli) 2021, N 6308.

³⁶ RS 311.

révèlent un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, sont, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Sont punis de la même peine les étudiants qui révèlent un secret dont ils ont eu connaissance à l'occasion de leurs études.

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

2. La révélation n'est pas punissable si elle est faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'autorise par écrit.

3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice³⁷.

Cette disposition impose donc aux personnes qu'elle mentionne ainsi qu'à leurs auxiliaires (les membres du personnel qui travaillent avec ces différents professionnels de la santé) un **devoir de confidentialité** qui leur interdit de communiquer à des tiers des informations – d'ordre médical ou non – qui leur ont été confiées en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci (il peut aussi s'agir d'informations qui auront été confiées par des proches du patient concerné, lesquelles sont elles aussi protégées)³⁸.

S'agissant des **intérêts protégés** par cette disposition, le Tribunal fédéral retient une **conception mixte**. Il considère en effet que l'institution du secret professionnel protège tant des intérêts privés que public. Dans l'optique du secret médical, cela permet qu'un patient, porteur d'une maladie transmissible par exemple, puisse se confier sans crainte à son médecin afin d'être soigné (intérêt privé) mais également que sa maladie ne se propage pas (intérêt public). Cependant, vu l'importance des enjeux et des risques pour la santé publique, des limites importantes ont été apportées au secret professionnel du médecin³⁹.

L'art. 321 CP n'institue pas expressément un secret ni n'en définit les contours. La jurisprudence et la doctrine les ont donc forgés au fil des ans, recherchant leur justification dans la protection pénale du secret, soient les intérêts public et privés⁴⁰.

Le secret médical n'est **pas absolu**. En effet, sa révélation n'est **pas punissable si** elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance⁴¹ l'a autorisée par écrit (art. 321. ch. 2 CP). Il peut aussi exister une disposition légale fédérale ou cantonale qui prévoit une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (art. 321 ch. 3 CP)⁴².

³⁷ Cf. ci-après 4.3.

³⁸ Cf. DONZALLAZ, N 6404 ss, particulièrement N 6436.

³⁹ CHAPUIS Benoît, in MACALUSO Alain/ MOREILLON Laurent/ QUELOZ Nicolas (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle, (Helbing Lichtenhahn) 2017, CP 321, N 7 ss.

⁴⁰ CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 15.

⁴¹ A défaut de norme fédérale pour chacune des professions considérées, l'autorité est désignée par le droit cantonal. A Genève, en matière médicale, il s'agit de l'Autorité supérieure de levée du secret professionnel, instituée et réglementée par l'art. 12 LS. Pour saisir la Commission: cf. <https://www.ge.ch/levee-du-secret-professionnel-matiere-sante/saisir-commission-du-secret-professionnel#:~:text=Saisir%20la%20commission%20du%20secret%20professionnel%20A%20d%C3%A9faut,Gen%20C3%A8ve%204%20T%20-%20079%20553%2001%2078>.

⁴² A cet égard, on peut relever la Loi fédérale de lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (ou loi sur les épidémies) (LEp), en vigueur au 1^{er} janvier 2016 (RS 818.101), qui consacre le devoir du médecin 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" (art. 12 al. 1^{er} LEp; cf. ég. L'art. 39 LEp). Cf. au surplus 4.3 ci-après.

A noter également un **cas particulier**, celui de la **Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse**, du 9 octobre 1981 (RS 857.5), dont l'art. 2, intitulé "*Secret de fonction et secret professionnel*" exclut expressément à son alinéa 1^{er} l'application de l'art. 321 ch. 3 CP pour les collaborateurs des centres de consultation et les tiers dont les services ont été requis; les obligations de témoigner selon le Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 sont cependant réservées. HERTIG relève à cet égard qu'ainsi, : "*les personnes soumises à la loi sur les centres en matière de grossesse ne seront pas soumises exactement de la même manière au secret professionnel que les personnes soumises à l'art. 321 CP, puisqu'il est prévu que*

Les violations du secret médical sont punies **sur plainte** (art. 321 ch. 1^{er}) (et non pas d'office comme c'est le cas des violations du secret de fonction, art. 320 ch. 1^{er} CP) d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 321 ch. 1^{er} par. 1^{er} *in fine* CP).

4.1 | Consentement

Le consentement de l'intéressé (le bénéficiaire du secret), c'est-à-dire le **titulaire du droit au secret**⁴³, à la communication d'informations relevant du secret médical par un professionnel de la santé ou l'un de ses auxiliaires⁴⁴ aux parents, à des proches, à l'employeur, à une autorité administrative ou un tribunal (...) est la **première hypothèse** envisagée par l'art. 321 ch. 2 CP.

Ce principe de **consentement du patient** est donc la **règle**. Le secret médical n'est pas violé si le professionnel de la santé transmet les données qui le concernent avec l'accord de celui-ci. Les cas de figure dans lesquels le consentement doit être demandé sont multiples et variés. Citons à titre d'exemples le passage au lit du patient du médecin traitant accompagné de tous ses étudiants, la transmission par l'institution publique des données personnelles nécessaires à la facturation des prestations à une entité tierce (facturation externe) ou au recouvrement de factures impayées à une entreprise spécialisée (information à communiquer dans le dernier rappel envoyé au patient).

Le consentement n'est **pas** soumis à une **exigence de forme** et peut donc être donné de manière exprès, tacite ou par actes concludants⁴⁵. **Dans un certain nombre de cas**, il convient de considérer que le consentement est **implicite** ou **tacite** dès lors que l'on peut raisonnablement considérer que la personne aurait consenti au traitement ou à la communication de ses données personnelles ou dans les cas où elle a été dûment informée et n'a pas réagi⁴⁶.

Il en va **ainsi lorsque différents** professionnels sont amenés à traiter un patient en parallèle ou les uns après les autres (médecin traitant lors de l'hospitalisation, médecin de famille ou médecin de l'établissement médico-social dans lequel le patient réside, personnel soignant de l'IMAD assurant le soutien au domicile de la personne). Dans de telles hypothèses, les professionnels doivent être informés à temps de l'état de santé et des traitements à prodiguer⁴⁷. **Si la personne intéressée ne désire pas que ces données soient transmises**, il convient qu'elle **le communique** à son médecin traitant de l'hôpital qui l'a pris en charge. A noter qu'un tel refus de transmission d'informations peut avoir des incidences sur la suite du traitement ou générer des risques pour la santé ; par exemple, le cas d'un-e infirmier-ière de l'institution genevoise de maintien à domicile (IMAD) ou de des établissements médicaux-sociaux (EMS) qui n'aurait pas été informé-e que le traitement médicamenteux a été modifié⁴⁸.

L'existence d'un **consentement par actes concludants** doit cependant être admis de manière restrictive, la volonté du maître de renoncer à son secret devant être clairement exprimée⁴⁹.

l'art. 321 ch. 3 CP concernant l'obligation de renseigner et de témoigner en justice n'est pas applicable (en réservant toutefois les obligations de témoigner selon le code de procédure pénale du 5 octobre 2007)" : La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?, Etude des moyens d'action en droit suisse, p. 77 s.

⁴³ Soit la personne qui consulte un professionnel et lui confie à ce titre des faits confidentiels, le "maître" du secret qui a un intérêt à maintenir un fait secret (CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 105 et 140).

⁴⁴ Seules les personnes qui participent effectivement à l'accomplissement des tâches liées à l'exécution des mandats doivent être tenues pour des **auxiliaires** (CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 76). Cf. DONZALLAZ, N 6459.

⁴⁵ CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 141.

⁴⁶ Sur la notion de **consentement hypothétique** lorsque le médecin n'a pas demandé formellement le consentement à son patient mais l'aurait reçu s'il avait informé ce dernier, voir : ATF 117 Ib 197, consid. 5a = JT 1992 I 214; TF 2P.101/1994 = ZBI 1996 278; ATF 133 III 121; TF 4P.110/2003, consid. 3.2; TF 4C.66/2007, consid. 5.2.

⁴⁷ A ce propos, il faut rappeler que le **Code de déontologie de la FMH énonce** que le secret médical vaut également pour les confrères mais présume qu'en cas de collaboration entre plusieurs médecins (... hospitalisation etc), le consentement pour la transmission des renseignements médicaux en relation avec le cas peut, en règle générale, être considéré comme acquis (art. 11) (https://fmh.ch/files/pdf29/code_de_deontologie_2023-11.pdf).

⁴⁸ Cf. ég. CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 76s.

⁴⁹ CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 144.

Il faut ajouter que le **droit de délier le professionnel de son secret est strictement personnel**; le consentement doit ainsi provenir de la personne intéressée au maintien du secret, dans la mesure où elle est capable de discernement. A défaut, son représentant légal peut consentir à la levée du secret en sa qualité de maître du secret, sauf pour les faits de la sphère intime⁵⁰.

De même, l'art. 377 CC prévoit une représentation spécifique dans le domaine médical des **personnes incapables de discernement**, en dressant une liste des personnes autorisées à les représenter dans un ordre défini⁵¹.

Dans le cas d'un **mineur incapable de discernement**, le représentant légal⁵², qui décide à sa place, doit tenir compte de ses intérêts⁵³.

4.2 | Levée du secret médical

La **seconde hypothèse**, prévue par l'art. 321 ch. 2 CP, est celle où le patient ne consent pas à la communication de ses données médicales alors que le détenteur du secret (médecin traitant ou professionnel de la santé par exemple) la juge nécessaire. Seul le professionnel soumis au secret de l'art. 321 ch. 2 CP est en droit de requérir la levée de son secret⁵⁴.

A Genève, l'art. 12 de la Loi sur la santé instaure l'Autorité supérieure du secret professionnel chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel selon l'art. 321 ch. 2 CP. Les décisions de cette commission sont sujettes à recours dans les 10 jours qui suivent leur notification, auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice.

En pratique, **la demande de levée du secret médical devra être présentée à** ⁵⁵:

*Commission du secret professionnel
Centre universitaire romand de médecine légale
CMU
1, Rue Michel-Servet
CVX
1211 Genève 4
Téléphone 079 553 01 78
e-Courriel: csprof@hcuge.ch*

Aujourd'hui, **les pratiques de levée du secret professionnel en matière médicale restent difficiles à analyser d'un point de vue national**, en raison du manque de sources disponibles. La jurisprudence en la matière est relativement rare et les décisions prononcées au stade de la levée ne font pas l'objet de publications. **A Genève** cependant, les **rapports d'activité de la commission genevoise du secret professionnel** offrent un aperçu intéressant des tendances⁵⁶. En 2022, 607 demandes ont été reçues, soit une moyenne de 50,5 par mois. Sur la totalité des 558 décisions rendues entre le 1^{er} décembre 2021 et le 30 novembre 2022, seuls deux recours ont été déposés auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice contre les décisions de la Commission, dont un devenu sans objet (le médecin ayant renoncé à la

⁵⁰ CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 141.

⁵¹ CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 81.

⁵² Le détenteur de l'autorité parentale (art. 304 CC), le tuteur (art. 327a CC) ou la personne chargée de l'administration d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC).

⁵³ ATF 114 Ia 350; ATF 118 Ia 427. A noter cependant que la question est plus délicate en ce qui concerne l'enfant mineur incapable de discernement. Le représentant légal doit être en mesure de prendre les mesures idoines pour protéger le mineur, ce qui peut parfois impliquer la transmission d'informations intimes (CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 83).

⁵⁴ CR CP II - CHAPUIS, CP 321, N 149.

⁵⁵ Pour plus d'informations. : <https://www.ge.ch/levee-du-secret-professionnel-matiere-sante/saisir-commission-du-secret-professionnel>.

⁵⁶ ERARD, N 945. Pour plus de développements, cf ERARD, N 940 ss.

levée de son secret et l'autre déclaré irrecevable, pour défaut de signature de la recourante et non versement de l'avance de frais⁵⁷.

4.3 | Dispositions légales spéciales statuant une obligation ou un droit de renseigner ou de dénoncer

Il existe des dispositions légales qui, dans certaines circonstances, imposent à un médecin ou ses auxiliaires de **renseigner obligatoirement** les autorités – c'est le cas de certaines maladies infectieuses sur lesquelles il convient d'alerter rapidement, des situations de maltraitance à l'égard d'enfants ou de jeunes ou dans le cadre des assurances sociales. C'est la **dernière hypothèse envisagée** par l'**art. 321 ch. 3 CP**. Il s'agit essentiellement d'un **rappel de l'art. 14 CP**, qui autorise de manière générale la commission d'actes punissables si ces derniers sont autorisés par la loi⁵⁸.

Cette réserve du chiffre 3 de l'art. 321 CP opère une **distinction entre** le « **droit d'aviser** » une autorité et de collaborer, et l'« **obligation** » de renseigner cette autorité. De même, « **renseignements** » et « **avis** » doivent être distingués. L'art. 321 ch. 3 CP doit être interprété largement, dans le sens où il réserve aussi bien les droits ou obligations d'aviser que les droits ou obligations de renseigner⁵⁹.

A relever encore que les dispositions légales déroatoires au sens du ch. 3 de l'art. 321 CP **doivent énoncer expressément les professions auxquelles elles s'appliquent** (« **médecins** » ou autre professions visées par l'art. 321 ch. 1^{er} CP), et non s'adresser à « **tout un chacun** ». La doctrine majoritaire estime, en outre, qu'une simple **loi au sens matériel ne suffit pas pour déroger** à l'obligation de confidentialité imposée par l'art. 321 CP, les atteintes importantes aux droits des particuliers nécessitant impérativement l'adoption d'une base **légale formelle**⁶⁰.

L'objectif du présent chapitre est d'attirer l'attention sur l'existence de ces dispositions légales fédérales ou cantonales, réservées par l'art. 321 ch. 3 CP qui statuent une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice, pour les médecins et/ou autorités concernées, parce que **l'intérêt public est en jeu** par exemple. A noter que ces situations légales sont générales et abstraites et la pesée des intérêts est menée en amont, par le législateur. Dès lors et afin de garantir au mieux la **sécurité juridique**, ces **déroations légales** aux obligations de confidentialité des soignants **doivent être aussi claires que possible** ; à défaut, c'est l'institution même du secret médical qui est mis à mal, cette dernière ne pouvant alors plus préserver la confiance du public à l'égard des professions de soins.⁶¹

Dans ces cas particuliers, le professionnel doit communiquer les informations utiles. **Une levée formelle du secret médical n'est alors pas requise et le patient n'a pas à donner son consentement non plus.**

Il faut savoir que les **déroations légales au secret professionnel sont nombreuses** et disparates, notamment en raison des **compétences cantonales en la matière**. On peut les classer en **6 grandes catégories**, selon l'intérêt qui a conduit à leur adoption, à savoir : **protection de la santé publique (a)**, protection de la **sécurité publique (b)**, protection des **personnes vulnérables (c)**, **maîtrise des coûts de la santé (d)**, **administration de la justice (e)** et **déroations fondées sur d'autres intérêts (f)**.⁶²

⁵⁷ Commission genevoise du secret professionnel, Rapport d'activité 2022 (<https://www.ge.ch/document/17094/telecharger>).

⁵⁸ ERARD, 1021.

⁵⁹ Pour plus de développements, cf. ERARD, N 1021 ss.

⁶⁰ ERARD, N 1025 ss.

⁶¹ ERARD, N 1018.

⁶² ERARD, N 1029. Pour une réflexion plus approfondie cf. ERARD, N 1030 ss, notamment également en relation avec les compétences cantonales, ou non, en la matière.

Sur le sujet, la présente brochure ne peut être **exhaustive**. En fonction de ce qui précède, il convient cependant de mentionner les dispositions suivantes⁶³ :

a) En matière de **protection de la santé publique** :

- L'**article 12** de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (**Loi sur les épidémies, LEp**)⁶⁴ qui pose le principe, pour les médecins, hôpitaux et aux autres institutions sanitaires publiques ou privées, de déclaration obligatoire, à l'autorité cantonale et autres autorités compétentes, des 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 (al. 1^{er}).

Une obligation équivalente est prévue pour les laboratoires, s'agissant des résultats d'analyses infectiologiques, y compris les indications permettant d'identifier les personnes malades ou infectées (déclaration à l'autorité cantonale compétente et à l'OFSP) (art. 12 al. 2)⁶⁵.

Parallèlement à cette législation fédérale, certains cantons ont adopté des dispositions légales en matière de maladies transmissibles. Cependant, la Confédération semble avoir réglé la matière de manière exhaustive. La liste des maladies qui doivent faire l'objet d'une déclaration obligatoire devrait donc se limiter au cadre légal prévu par le droit fédéral.⁶⁶

- L'**art. 59 al. 3 de la Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques) (LPTTh)**⁶⁷ impose une **obligation d'annonce** à l'égard des personnes qui utilisent ou remettent, à titre professionnel, des produits thérapeutiques destinés à l'être humain ou aux animaux, ainsi qu'aux professionnels de la santé autorisés à utiliser de tels produits. Ces personnes sont tenues de déclarer à **Swissmedic** tout effet indésirable grave, ou jusque-là inconnu, tout incident ou toute observation de faits graves ou jusque-là inconnus, ainsi que les défauts qui sont déterminants du point de vue de la sécurité thérapeutique. Les **employés des personnes qui prescrivent ou remettent** des produits thérapeutiques, quant à eux, disposent seulement d'une **faculté** de signaler aux autorités compétentes les incidents qui laissent supposer une violation de la LPTTh (art. 59 al. 7 LPTTh).⁶⁸
- Face aux **personnes présentant un risque de dépendance**, les professionnels de la santé sont **autorisés** à signaler 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 selon l'**art. 3c al. 1^{er}** de la Loi sur les stupéfiants et les substances psychotropes (loi sur les stupéfiants, LStup), du 3 octobre 1951⁶⁹. Le signalement doit être adressé aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents (art. 3c al. 1^{er} LStup). Ce sont les cantons qui désignent les institutions de traitement et les services d'aide sociale qualifiés (art. 3c al. 3 LStup). A savoir que **le personnel de ces**

⁶³ Pour un développement plus approfondi sur les questions de limitations du secret médical, cf. ERARD, N 841 ss.

⁶⁴ RS 818.101. Pour la **liste des maladies transmissibles à déclaration obligatoire**, cf. "Maladies infectieuses et agents pathogènes à déclaration obligatoire Guide de la déclaration obligatoire 2023" (téléchargeable sur le site de l'administration fédérale :

<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/infektionskrankheiten-bekaempfen/meldesysteme-infektionskrankheiten/meldepflichtige-ik.html>).

Ce guide, mis à jour pour 2023 inclut les adaptations provenant de la révision de l'ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme et des suggestions diverses concernant les formulaires de déclaration.

⁶⁵ Les autorités cantonales compétentes, les **capitaines de navires** et les **commandants de bord** doivent également informer les observations indiquant un danger pour la santé publique (cf. art. 12 al. 4 et 5 LEp). Les observations relatives aux maladies transmissibles qui doivent être signalées sont listées à l'al. 6.

⁶⁶ ERARD, N 1032.

⁶⁷ RS 812.21.

⁶⁸ Cf. au surplus ERARD, N 1033 ss.

⁶⁹ RS 812.121.

institutions et services lui-même est soumis au secret de fonction ou professionnel, au sens des art. 320 et 321 CP (art. 3c al. 4 LStup).⁷⁰

- Enfin, il faut noter un **cas particulier**, celui de la **Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse**, du 9 octobre 1981⁷¹, dont l'**art. 2**, intitulé "*Secret de fonction et secret professionnel*" **exclut expressément** à son alinéa 1^{er} l'application de l'**art. 321 ch. 3 CP** pour les collaborateurs des centres de consultation et les tiers dont les services ont été requis; les obligations de témoigner selon le Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 sont cependant réservées⁷².

b) S'agissant de la **sécurité publique** :

- Depuis l'entrée en vigueur en 2011 du **code de procédure pénale**, l'**obligation de signaler les morts suspectes** est réglée, dans son principe, à l'échelon fédéral, les cantons devant désigner les membres du personnel médical tenus de les annoncer (**art. 253 al. 4 CPP**).

De plus, quasi tous **les cantons** ont adopté des dispositions qui **obligent** ou **autorisent les soignants à signaler** aux autorités pénales des faits constatés dans leur pratique qui laisseraient **souçonner la commission d'une infraction pénale**. Certaines législations cantonales **autorisent** les soignants à signaler aux autorités pénales les soupçons de crimes ou de délits contre la vie, l'intégrité physique, psychique et sexuelle ou la santé publique. Dans certains cantons, la « **faculté** » des soignants de signaler des soupçons d'infractions est énoncée de manière très large. De même, ils ont **parfois l'obligation de signaler** des crimes ou délits **contre la santé publique**, de cas de propagation volontaire de **maladie dangereuse et transmissible**.

Le **droit cantonal en matière de dénonciation des infractions pénales** frappe par la **diversité des solutions adoptées**. Cette situation est régulièrement critiquée par la doctrine, en raison d'atteintes trop importantes au secret médical ou de règles peu claires et contradictoires. En réalité, **l'admissibilité de ces dérogations** légales de droit cantonal qui obligent les soignants à signaler des infractions pénales **doit être réévaluée** depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale fédéral en 2011.

En effet, le Tribunal fédéral a rappelé que l'art. 321 ch. 3 CP avait été adopté à une époque où les droits de procédure relevaient de la compétence des cantons, qui bénéficiaient alors qu'une grande liberté organisationnelle, s'étant grandement amoindrie depuis le transfert des compétences en matière de procédure pénale à la Confédération (art. 123 Cst.). Pour une partie de la doctrine, il faut comprendre qu'en raison de **l'épuisement des compétences fédérales en matière de procédure pénale** et du fait que le CPP constitue une *lex posterior* à l'art. 321 ch. 3 CP, **les dispositions légales qui « obligent » ou « autorisent »** un soignant à signaler une infraction pénale aux autorités, devraient aujourd'hui émaner exclusivement du **législateur fédéral**.

A défaut, les dispositions cantonales de ce type, nombreuses et diverses, sont donc **contraires au principe de primauté du droit fédéral** (art. 49 Cst.). Selon la doctrine, le législateur **fédéral** doit donc **aujourd'hui légiférer pour unifier les devoirs de signalement des indices d'infractions pénales par les soignants**⁷³.

⁷⁰ A relever que le personnel des institutions de traitement en matière de toxicomanie tombe sous le coup de l'art. 173 al. 1^{er} CPP (cf. 4.3. e).

⁷¹ RS 857.5.

⁷² HERTIG relève à cet égard qu'ainsi, : "*les personnes soumises à la loi sur les centres en matière de grossesse ne seront pas soumises exactement de la même manière au secret professionnel que les personnes soumises à l'art. 321 CP, puisqu'il est prévu que l'art. 321 ch. 3 CP concernant l'obligation de renseigner et de témoigner en justice n'est pas applicable (en réservant toutefois les obligations de témoigner selon le code de procédure pénale du 5 octobre 2007)*" (HERTIG Agnès, La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?, Etude des moyens d'action en droit suisse, Neuchâtel ([Helbing Lichtenhahn](#)), 2013, p. 77 s.)

⁷³ Cf. au surplus ERARD, N 1052 ss.

c) Quant à la **protection des personnes vulnérables** :

- Le **signalement des mineurs ayant besoin d'aide a fait l'objet d'une révision récente du Code civil (art. 314c à 314e CC, entrés en vigueur en 2019)**. Selon l'**art. 314c al. 1^{er} CC**, toute personne a le **droit d'aviser** l'autorité de protection de l'enfant que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de celui-ci semble menacée.

L'**art. 314c al. 2 CC** étend spécifiquement cette « faculté » à l'égard des personnes soumises au secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. **Ainsi, les professionnels astreints au secret selon cette dernière disposition, n'ont pas besoin d'obtenir le consentement** de l'enfant, de ses représentant ou de l'autorité supérieure pour procéder à un signalement auprès de l'autorité de protection de l'enfant. Cette dérogation prévue par l'art. 314c al. 2 CC **cependant**, ne délie toutefois du secret **que les personnes soumises à titre principal** à l'art. 321 CP, **non leurs auxiliaires** (art. 314c al. 2 *in fine* CC), qui doivent respecter les voies habituelles de levée du secret professionnel s'ils souhaitent signaler eux-mêmes la mise en danger d'un mineur à l'autorité⁷⁴.

A noter que dans tous les cas, avant de faire usage de cette faculté de signalement, le soignant soumis à titre principal à l'art. 321 CP **doit** toujours procéder à une **pesée des intérêts** en cause, soit entre la préservation de la relation de confiance établie avec l'enfant et l'intérêt de celui-là à ce que l'autorité soit informée de la situation⁷⁵.

Il faut également préciser que, malgré ce qui précède, le **droit cantonal peut** toutefois prévoir des règles plus sévères et **obliger** certains professionnels soumis à l'art. 321 CP à signaler à l'autorité les cas où l'intégrité d'un enfant semble menacée (**art. 314d al. 3 CC**)⁷⁶.

Vous trouverez un **aperçu de toutes les dispositions légales de droit cantonal** en matière de **signalement** sur le site de la Conférence de protection des mineurs et des adultes (**COPMA**)⁷⁷.

Il n'est pas inutile de relever encore que s'agissant de **l'établissement des faits**, les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal ont la **faculté** d'y collaborer devant l'autorité de protection de l'enfant, sans avoir besoin d'être préalablement déliée de leur secret. **Si** la personne les y a autorisée ou si elles en ont été déliées par l'autorité supérieure ou de surveillance (art. 321 ch. 2 CP), elles y sont alors **obligées**⁷⁸.

Il nous semble important, face à de telles autorisations/obligations, de toujours garder en tête le **principe de précaution** avant toute révélation de faits couverts par le secret professionnel, les nombreuses dispositions et avis en la matière n'étant pas toujours limpides pour une personne non experte.

⁷⁴ ERARD, N 1071 s. Pour plus de développements sur le sujet, cf. ERARD, N 1070 ss.

⁷⁵ ERARD, N 1073. ERARD relève avec raison que la **marge d'appréciation** laissée par l'interprétation juridique de ce que constitue la « menace » pour l'intégrité de l'enfant et celle de l'« intérêt de l'enfant » **dessert** certainement la **sécurité juridique** (N 1073 *in fine*).

⁷⁶ A noter que le **CF avait initialement exclu** cette possibilité dans son projet (cf. le Message qui dispose que « Pour les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal (art. 321), signaler les cas à l'autorité de protection de l'enfant n'est cependant pas une obligation. En effet, une telle brèche dans le devoir de discrétion pourrait menacer ou détruire la relation de confiance vis-à-vis de l'enfant ou des tiers concernés et desservir le bien de l'enfant. La personne soumise au secret professionnel peut aviser l'autorité, mais elle ne le fera que si elle estime, après avoir pesé les intérêts en présence, qu'une telle démarche favorise le bien de l'enfant » (Message concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), du 15 avril 2015, FF 2015 3111, 3112), **mais les Chambres fédérales ont estimé qu'il fallait préserver l'acquis des cantons en la matière** (cf. ERARD, N 1074).

⁷⁷ Cf. le site de la COPMA :

<https://www.kokes.ch/fr/home>

et https://www.kokes.ch/application/files/7415/5525/4734/Droit_et_obligation_daviser_IAPEA_def.pdf

et https://www.kokes.ch/application/files/8415/5843/5825/Annexe_2_Dispositions_cantonales_mars_2019.pdf

⁷⁸ Cf. ERARD, N 1076 et «[...] Une fois libérées, elles sont alors **tenues de collaborer à l'établissement des faits** (Message concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), du 15 avril 2015, FF 2015 3111, 3112).

- En matière de **protection de l'adulte** et contrairement à ce qui prévaut en droit de protection de l'enfant, les professionnels astreints au secret de l'art. 321 CP ne bénéficient **nullement d'une faculté générale de signalement**, l'art. 443 al. 2 CC réservant les dispositions relatives au secret professionnel⁷⁹. Dès lors, en la matière et sauf dispositions légales fédérales ou cantonales contraires, le professionnel qui souhaite communiquer des informations couvertes par le secret à une tierce personne **doit respecter les règles applicables en matière de dérogation, consentement ou levée du secret**⁸⁰.

Selon la doctrine récente, les **cantons peuvent toutefois** prévoir des obligations d'aviser plus étendues⁸¹. Un **aperçu de toutes les dispositions** légales cantonales en matière de signalement est disponible sur le site de la **COPMA**⁸².

De plus, une fois la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte ouverte, certaines professions visées par l'art. 321 CP (soit : les médecins, dentistes, pharmaciens, sage-femmes, chiropraticiens et psychologues) ainsi que leurs auxiliaires, sont **tenus de collaborer à l'établissement des faits si la personne concernée les y a autorisés** ou s'ils ont été déliés par l'autorité cantonale compétente (art. 448 al. 2 CC et 321 ch. 2 CP)⁸³.

Selon la doctrine et même si cela ne ressort pas directement du texte légal, les **médecins sont autorisés** à communiquer des informations aux personnes habilitées à représenter une personne incapable de discernement selon l'art. 378 CC. De telles communications doivent cependant toujours, bien sûr, **respecter le principe de proportionnalité** (c'est-à-dire se limiter aux informations essentielles afin de permettre au représentant de se déterminer)⁸⁴.

- De plus, l'art. 453 du Code civil pose une **obligation de collaborer entre** autorités de protection de l'adulte, les services concernés et la police s'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette sa vie ou son intégrité corporelle en danger ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui (al. 1^{er}). Dans un tel cas, les personnes liées par le secret de fonction ou le secret professionnel sont autorisées à communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte (al. 2).

d) En ce qui concerne la **maîtrise des coûts de la santé** :

Lorsqu'une personne bénéficie d'une prestation sociale de l'Etat, celui-ci a un intérêt légitime à s'assurer qu'il remplit les conditions légales pour son octroi. Le **contrôle** du bien-fondé d'une prestation **nécessite** cependant un **accès à l'information** en lien avec la prestation fournie. La transmission de données couvertes par le secret médical a donné lieu à moult débats et débouché sur l'**adoption de normes complexes**, qui visent à préserver l'équilibre entre le besoin d'accès aux informations des assureurs et la préservation de la confiance du public dans le système de santé⁸⁵.

- dans le domaine des assurances sociales, la **loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales**, du 6 octobre 2000 (**LPGA**)⁸⁶, coordonne les différents

⁷⁹ ERARD, N 1077.

⁸⁰ ERARD, N 1077.

⁸¹ ERARD, N 1078 et réf. citée.

⁸² https://www.kokes.ch/application/files/8415/5843/5825/Annexe_2_Dispositions_cantonales_mars_2019.pdf.

⁸³ A noter que **pour une meilleure cohérence**, la **liste des professions** de l'art. 448 al. 2 CC **devrait être élargie** aux professions de la Loi fédérale du 30 septembre 2016, en vigueur le 1^{er} février 2020 (**LPSan**) (RS 811.21), qui figurent aussi désormais dans la liste des professions de l'art. 321 ch. 1^{er} CP (ERARD, N 1082).

⁸⁴ ERARD, N 1083.

⁸⁵ ERARD, N 1092s.

⁸⁶ RS 830.1.

régimes (LAVS⁸⁷, LAI⁸⁸, LPP⁸⁹, LAMal⁹⁰ et LAA⁹¹), fixe des règles de procédures uniformes, définit les notions caractéristiques et pose les principes (art. 1^{er} LPGGA).

L'**art. 28 LPGGA** instaure plusieurs principes de base pour la collaboration entre les assurances sociales et l'assuré ou un fournisseur de prestations.

C'est ainsi que la loi impose que les assurés et employeurs **doivent fournir gratuitement** tous les renseignements nécessaires pour établir le droit à des prestations (art. 28 al. 2 LPGGA). De même, ils sont tenus d'autoriser dans le cas d'espèce les personnes et institutions concernées, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels, à fournir les renseignements **nécessaires pour établir le droit aux prestations** (art. 28 al. 3 LPGGA). En réalité et malgré le texte de loi qui parle de refus de se conformer à « l'obligation de renseigner », il s'agit d'une **incombance** ; à défaut, l'assureur pourrait décider de ne pas entrer en matière après mise en demeure écrite adressée à l'assuré qui entend bénéficier d'un droit à une prestation (art. 43 al. 3 LPGGA).

- De plus, selon l'**art. 32 al. 1 let. a à d LPGGA** relatif à l'**assistance administrative**, différentes autorités, – administratives ou judiciaires fédérales, cantonales ou communales – interpellées (requête écrite et motivée) par les assureurs sociaux **doivent fournir gratuitement** les données sollicitées qui leur sont **nécessaires** pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution (lettre a); pour prévenir des versements indus (lettre b); pour fixer et percevoir les cotisations (lettre c) ou pour faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable (lettre d).
- En application des art. 35 ss LAMal, les professionnels soumis au secret professionnel selon l'art. 321 CP peuvent être amenés à communiquer des informations à l'assurance-maladie. L'art. 35 al. 2 LAMal fournit la liste complète des fournisseurs de soins, sur laquelle figurent notamment les médecins, les pharmaciens ou les sage-femmes.

Dans le cadre du contrôle de facturation d'un traitement lié à l'assurance de base, une caisse-maladie est habilitée à demander au médecin-traitant (fournisseur de prestation) des **renseignements à caractère médical**. Le **fournisseur de prestation doit** alors remettre au débiteur de la rémunération une facture détaillée et compréhensible et toute indication nécessaire à la vérification de la rémunération et du caractère économique de la prestation (art. 42 al. 1^{er} et 2 LAMal⁹²), voire au médecin-conseil de l'assureur, si les circonstances l'exigent ou que l'assuré en fait la demande (art. 42 al. 5 et 57 LAMal⁹³). La marge de manœuvre de l'assureur est cependant limitée par le principe de proportionnalité⁹⁴. Le **fournisseur de prestation**, lui, soumis au secret professionnel, **doit limiter** sa communication aux seules informations objectivement appropriées et nécessaires pour le calcul de la rémunération ou l'examen du caractère économique de la prestation. A défaut, il violerait son obligation de confidentialité⁹⁵.

S'agissant du **médecin-conseil** de l'assureur ainsi que ses auxiliaires, ils sont **également soumis au secret professionnel** selon l'art. 321 CP et punissables en vertu de cette disposition s'ils communiquent des informations couvertes par le secret professionnel, à des tiers, sans motif justificatif⁹⁶.

Quant aux **dérogations au secret professionnel**, selon le TF, l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal constitue une base légale suffisante pour que le fournisseur de prestations communique

⁸⁷ Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10).

⁸⁸ Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (LAI; RS 831.20).

⁸⁹ Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40).

⁹⁰ Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal; RS 832.10).

⁹¹ Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA; RS 832.20).

⁹² "L'assureur peut exiger des renseignements supplémentaires d'ordre médical" (art. 42 al. 4 LAMal).

⁹³ Art. 57 al. 7 LAMal : "Les médecins-conseils ne transmettent aux organes compétents des assureurs que les indications dont ceux-ci ont besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération, pour calculer la compensation des risques ou pour motiver une décision. Ce faisant, ils respectent les droits de la personnalité des assurés".

⁹⁴ ERARD, N 1101. Pour plus de développements, cf. ERARD, N 1101 ss.

⁹⁵ ERARD, N 1101 et réf. citée.

⁹⁶ ERARD, N 1106. Pour plus de développement sur le médecin-conseil, cf. ERARD, N 1103 ss.

des informations à l'assureur ou à son médecin-conseil⁹⁷. Il faut savoir que la **doctrine cependant, est divisée sur cette question**⁹⁸.

- En application de l'**art. 84a LAMal** et dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose les **organes chargés d'appliquer la LAMal** ou d'en contrôler ou surveiller l'application **peuvent** communiquer des données, en dérogation à l'art. 33 LPGA⁹⁹; ils sont également habilités à communiquer des données personnelles à d'autres organes chargés d'appliquer la LAMal et à d'autres assurances sociales ou autorités compétentes.
- Dans le cadre de l'assurance-accident, son système particulier a pour effet d'obliger les fournisseurs de prestations à communiquer les données médicales indispensables à l'assureur-accidents¹⁰⁰. Ainsi, selon l'**art. 54a LAA** concernant le **devoir d'information du fournisseur de prestations**, *"le fournisseur de prestations remet à l'assureur une facture détaillée et compréhensible. Il lui transmet également toutes les indications nécessaires pour qu'il puisse se prononcer sur le droit à prestations et vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation"*.

Ce **devoir de collaborer** s'applique uniquement aux fournisseurs de prestations autorisés à exercer à charge de l'assurance-accidents, qui sont définis à l'art. 54 LAA. L'art. 54a LAA permet donc également de déroger au secret professionnel (art. 321 CP)¹⁰¹.

- **Quant à l'assurance-invalidité**, elle offre des instruments spécifiques pour collecter des informations sur les assurés. En vertu de l'**art. 6a al. 1^{er} LAI**, *"[en] faisant valoir son droit aux prestations, l'assuré, en dérogation à l'art. 28 al. 3 LPGA¹⁰², autorise les personnes et les instances mentionnées dans sa demande à fournir aux organes de l'AI tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir ce droit et le bien-fondé de prétentions récursoires. Ces personnes et ces instances sont tenues de fournir les renseignements requis"*. Toutes ces personnes sont ainsi déliées du secret pour la demande considérée. Il s'agit d'une autorisation générale qui n'a pas besoin d'être renouvelée¹⁰³.

En outre, *"[l]es employeurs, les fournisseurs de prestations au sens des art. 36 à 40 LAMal, les assurances et les instances officielles qui ne sont pas mentionnés expressément dans la demande sont tenus de fournir aux organes de l'AI, à la demande de celle-ci, tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir le droit de l'assuré aux prestations et le bien-fondé de prétentions récursoires. L'assuré*

⁹⁷ Dans un tel contexte, il peut aussi arriver que le médecin-conseil souhaite avoir l'avis d'un expert et qu'il transfère le dossier médical du patient à cet effet. Voir à cet égard l'arrêt du Tribunal fédéral 9 mai 2005 1A.190/2005 publié à l'ATF 131 II 413, consid. 2.4 : *"L'institution du médecin-conseil a pour but essentiel de garantir les droits de la personnalité des assurés à l'égard des assureurs (...). La loi régleme ainsi de manière restrictive la transmission de données entre le médecin-conseil et l'assureur (art. 42 al. 5 et 57 al. 7 LAMal), le médecin conseil ayant pour fonction de sélectionner les informations à destination de l'assureur (rapport OFAS, p. 93 ss). En revanche, la loi permet au médecin-conseil de transmettre des données à un médecin tiers; la protection des données est assurée dans ce cas, d'une part en raison du secret professionnel auquel est soumis le médecin tiers lui-même, d'autre part en raison du fait que le médecin-conseil est responsable de la protection des données qu'il fait ainsi traiter (art. 16 al. 1 LPD, art. 22 OLPD). Selon l'art. 57 al. 5 LAMal, le médecin-conseil examine le cas en toute indépendance; la décision de recourir à l'avis d'un spécialiste lui appartient, et il est libre dans le choix du consultant. Il doit pouvoir adresser à ce dernier toutes les données propres à la résolution de la question posée, sans que ni l'assureur, ni le fournisseur de prestation, ni même l'assuré n'aient à donner leur consentement à ce genre de démarches". Dans une telle hypothèse, le médecin-conseil n'a pas à requérir le consentement préalable de l'assuré (consid. 2.5). Cf. ég. ATF 133 V 359 consid. 7. 2.*

⁹⁸ ERARD, N 1110 et réf. cit.

⁹⁹ La LPGA s'applique à la LAMal par le biais de son art. 1^{er} qui dispose que *"[l]es dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-maladie, à moins que la présente loi ou la loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal)⁶ ne déroge expressément à la LPGA"* (al. 1^{er}).

¹⁰⁰ ERARD, N 1112.

¹⁰¹ Pour plus de développements, cf. ERARD, N 1111 ss.

¹⁰² La LPGA s'applique à la LAI par le biais de son art. 1^{er} al. 1^{er} qui dispose que *"[l]es dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'AI (art. 1a à 26^{bis} et 28 à 70), à moins que la présente loi ne déroge expressément à la LPGA"*.

¹⁰³ ERARD, N 1116.

doit être informé des contacts établis avec ces personnes et ces instances" (art. 6a al. 2 LAI).

A relever également l'**art. 3b LAI** qui **autorise** les médecins traitants et chiropraticiens à communiquer le cas d'un patient à l'office AI en vue d'une **détection précoce**, en dérogation à leur secret professionnel (art. 321 CP). Ils sont tenus cependant d'informer leur patient, au préalable, de leur intention (art. 3b al. 3 LAI)¹⁰⁴.

e) En relation avec **l'administration de la justice** :

Les soignants soumis au secret professionnel peuvent parfois être amenés à intervenir dans un contexte judiciaire, comme témoin ou partie à la procédure. **L'intérêt à découvrir la vérité peut alors entrer en conflit avec l'obligation de respecter le secret professionnel.** Les droits de **procédure** connaissent des règles qui visent au meilleur aménagement possible de ces intérêts en conflit.

En **procédure pénale fédérale**, il s'agira de prendre en considération les **art. 171 et 173 CPP** (droit de refuser de témoigner pour des personnes soumises au secret professionnel et à d'autres devoirs de discrétion). Il existe cependant un régime hétérogène parmi les professions de soins visées par l'art. 321 CP, conséquence de l'entrée en vigueur de la LPSan le 1^{er} février 2020 ; les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues et leurs auxiliaires bénéficient d'un droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel (art. 171 CPP) alors que les infirmiers, psychothérapeutes, ergothérapeute, sage-femmes, diététiciens, optométristes, ostéopathes et leurs auxiliaires n'ont qu'un droit restreint de refuser de témoigner fondé sur l'art. 173 al. 1^{er} CPP¹⁰⁵.

En **procédure civile fédérale**, l'**art. 160 al. 1^{er} CPC** pose le principe général selon lequel les parties et les tiers sont **tenus de collaborer** à l'administration des preuves. Cette obligation peut être cependant ici également tempérée par une obligation de garder un secret. Il s'agit de distinguer un professionnel entendu comme **témoin (art. 166 al. 1^{er} let. b CPC)** de celui **partie à la procédure (art. 163 al. 1^{er} let. b CPC)**.

A noter que le droit fédéral ne contient pas de règle générale qui délierait du secret professionnel le soignant en vue d'agir civilement contre son patient, notamment quand le soignant souhaite agir contre celui-ci pour recouvrer des honoraires impayés. Les soignants devraient cependant toujours se faire délier du secret avant d'engager des poursuites ou d'agir en justice. Cette **levée du secret** professionnel est **également nécessaire en cas de recours à un tiers pour l'encaissement ou le recouvrement de factures**¹⁰⁶.

Enfin, en ce qui concerne la **procédure administrative**, le statut des soignants varie d'un canton à un autre. Il s'agira donc de s'y référer en fonction des cas d'espèce.

A Genève, l'art. 32 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (**LPA**)¹⁰⁷ stipule que « *[l]es personnes soumises au secret professionnel institué par l'article 321 du code pénal suisse, du 21 décembre 1937, ou dispensées de témoigner en vertu d'autres dispositions du droit fédéral ne sont pas tenues de déposer. Elles peuvent déposer si elles sont dûment déliées de leur secret. Elles sont dans l'obligation de témoigner sur les faits constatés par un acte authentique auquel elles ont été parties ou auquel elles ont participé comme notaire ou témoin instrumentaire si l'exactitude de ces faits est contestée* ».

f) Enfin, il existe des **dérogations** à l'obligation de secret, **fondées sur d'autres intérêts** :

Ce sont divers intérêts qui ont mené les législateurs fédéral et cantonaux à adopter encore d'autres dérogations légales au secret professionnel, comme par exemple :

¹⁰⁴ Pour plus de renseignement en la matière, cf. ERARD, N 1118 ss.

¹⁰⁵ Pour plus de développements, cf. ERARD, N 1126 ss.

¹⁰⁶ ERARD, N 1141 ss pour plus de développements également.

¹⁰⁷ rsGE E 5 10.

- L'**art. 71b de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI¹⁰⁸)** (intitulé « *transmission de données médicales aux fins de l'évaluation de l'aptitude au transport* ») dans le cadre de l'**exécution de décisions de renvoi ou d'expulsion, impose** aux professionnels de la santé **de transmettre** aux autorités, sur demande et pour autant qu'elles en aient besoin pour accomplir leurs tâches légales, **les données médicales nécessaires à l'évaluation** de l'aptitude au transport des personnes visées par les mesures en question.
- Selon l'**art. 275a CC**, les médecins sont tenus, de communiquer aux parents non détenteurs de l'autorité parentale qui le demandent, des renseignements sur l'état de développement de leur enfant.
- Il appartient dans certaines circonstances au médecin ou à la sage-femme ou à leurs auxiliaires de **déclarer la naissance d'un enfant à l'état civil** (art. 34 de l'Ordonnance sur l'état civil¹⁰⁹).
- Au **niveau cantonal**, certains cantons, comme **Genève¹¹⁰**, ont adopté des dispositions en vue de **faciliter la communication d'informations médicales entre soignants, lorsque les intérêts du patient l'exigent**. Par exemple, l'**art. 83 al. 2 LS**, qui prévoit dans ce cas une obligation de collaborer avec l'ensemble des autres professionnels. Cependant, ces communications **ne dérogent pas** à l'art. 321 CP car elles sont **soumises au consentement du patient**, qui n'est pas présumé.

De même, **Genève** autorise à certaines conditions, les **proches d'une personne décédée**, à **accéder au dossier** médical du défunt (**art. 55A LS et 48 LIPAD**).

5 | LE SECRET DE FONCTION

Outre le secret médical, le secret de fonction (art. 320 CP) joue **aussi un rôle essentiel** dans la protection des données personnelles médicales traitées par les institutions publiques, comme d'ailleurs cela a déjà pu être mentionné ci-dessus.

L'art. 320 CP dispose que " *[q]uiconque révèle un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il a eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi ou en tant qu'auxiliaire d'une autorité ou d'un fonctionnaire, est 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 ou l'activité auxiliaire a pris fin*".

De plus, selon le ch. 2, "*[l]a révélation n'est pas punissable si elle est faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure*".

Sont visés par cette disposition les **professionnels astreints au secret professionnel (art. 321 CP) mais dont l'activité s'inscrit dans l'accomplissement d'une tâche publique**, c'est-à-dire ceux qui répondent à la définition de **fonctionnaire au sens de l'art. 110 ch. 3 CP**. Il s'agit souvent des professionnels exerçant leur activité dans un établissement médico-hospitalier public ; mais la question se pose également pour les professionnels qui reçoivent un mandat de la part d'une autorité publique (par ex., un médecin ou infirmier scolaire). Dans ces cas, il s'agit de déterminer si le soignant est astreint au secret professionnel, de fonction ou au deux (concours), le cas échéant selon quelles modalités. A ce propos, il faut relever que la **question du concours entre les art. 320 et 321 CP** est certainement celle qui a fait couler le plus d'encre¹¹¹. C'est une question **controversée** que le Tribunal fédéral n'a jamais tranchée de manière très explicite¹¹² et la doctrine a proposé diverses solutions variées. Il est cependant judicieux d'exclure l'application exclusive du secret de fonction aux soignants fonctionnaires et de reconnaître le caractère spécial du secret professionnel sur le secret de fonction. **Les deux**

¹⁰⁸ RS 142.20.

¹⁰⁹ RS 211.112.2.

¹¹⁰ Art. 87 al. 3 de la LS.

¹¹¹ ERARD, N1274.

¹¹² DONZALLAZ, N 6359.

secrets s'appliquent donc, en principe, **de manière alternative**. Afin de les **délimiter**, il faut regarder la **nature de l'information concernée** : si elle concerne un patient, le secret professionnel l'emporte et évince le secret de fonction. **Le champ d'application du secret de fonction se limite donc aux informations visées par l'art. 320 CP qui n'ont pas de lien avec un patient particulier** (ex : fonctionnement de l'établissement). En cas d'hésitation, il faut favoriser l'application du secret professionnel afin de sauvegarder les intérêts protégés par le secret médical¹¹³.

A noter que la violation de l'art. 320 CP est **poursuivie d'office**, ce qui signifie qu'une plainte n'est pas nécessaire.

Contrairement à l'art. 321 CP, **l'art. 320 CP ne réserve pas spécifiquement** les dispositions légales de droit fédéral ou cantonal. Il est **cependant admis** que de telles dispositions peuvent **limiter** la portée du secret de fonction institué par le droit fédéral par le biais de **l'art 14 CP** (actes autorisés par la loi)¹¹⁴.

A ce propos, le secret de fonction est **rappelé au niveau cantonal genevois** dans l'art. 9A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (**LPAC**)¹¹⁵ de la façon suivante : "*[/]es membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, ne leur permet pas de les communiquer à autrui (al. 1^{er}). L'obligation de garder le secret subsiste après la cessation des rapports de service (al. 2). La violation du secret de fonction est sanctionnée par l'article 320 du code pénal suisse, du 21 décembre 1937, sans préjudice du prononcé de sanctions disciplinaires (al. 3)*". De même, "*[/]l'article 33 de la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009, est réservé" (al. 4). Enfin, l'al. 5 définit quelles sont les autorités supérieures habilitées à lever le secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 2 CP.*

Il **existe** ici aussi de **nombreuses dispositions** qui **autorisent** ou **obligent** un fonctionnaire ou l'administration à communiquer des informations.

Au sein de l'administration cantonale, il faut distinguer entre les notions de "**secret partagé**" qui prévaut au sein d'une même unité administrative et l'"**entraide administrative**" qui trouve application entre différentes unités d'une administration ou entre différentes administrations. Il s'agit de questions complexes qui laissent souvent place à une grande appréciation. S'agissant du "secret partagé", il permet aux fonctionnaires d'une même administration de se dicter des informations quand il en va de bonne marche du service. L'"entraide administrative", pour sa part, règle les communications d'informations entre différentes unités d'une même administration ou entre différentes collectivités. De telles communications sont le fait de bases légales générales (par exemple loi cantonale sur la protection des données) ou de lois spéciales¹¹⁶.

En ce qui concerne plus spécifiquement le **domaine médical**, certaines situations verront une problématique de "**double secret**". Dans la mesure où des informations traitées par des soignants sont couvertes par le secret de fonction, elles devraient pouvoir être communiquées au sein d'un établissement si cela est nécessaire pour la bonne marche du service. Une base légale sera cependant nécessaire en cas de communication à une autre entité administrative ou un tiers. Cependant, en cas de **communications couvertes à la fois par le secret de fonction et par le secret professionnel** (art. 321 CP ou droit cantonal sanitaire), elles doivent

¹¹³ ERARD, N1310. Pour plus de précisions, cf. N1272 ss. Sur la question de la relation entre secret professionnel et secret de fonction et sa position sur une possible obligation d'obtenir deux autorisations, cf. ég. DONZALLAZ, N 6360 ss/ 6633.

¹¹⁴ ERARD, N 1158.

¹¹⁵ rsGE B 5 05 (dernières modifications au 1^{er} juillet 2023).

¹¹⁶ ERARD, N 1160 ss.

être justifiées en principe en respectant les règles applicables au secret de fonction et au devoir spécial de garder le secret¹¹⁷.

En ce qui concerne des **soupons d'infractions pénales**, le droit genevois impose aux fonctionnaires une obligation générale de dénoncer les infractions pénales poursuivies d'office (art. 33 de la Loi d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009, LaCP)¹¹⁸. Les personnes visées par les art. 168, 169 et 171 CPP sont toutefois expressément écartées de ce devoir de dénoncer (al.2), afin d'éviter le problème du conflit entre les devoirs. Cependant, cette disposition ne résout pas entièrement le problème car l'art. 171 CPP n'englobe pas tous les professionnels astreints au secret. **Une partie de la doctrine estime** cependant qu'il faut considérer le secret professionnel des soignants comme *lex specialis* par rapport au secret de fonction¹¹⁹.

S'agissant de la **protection de l'enfant**, l'**art. 314d al. 2 ch. 2 CC** prévoit qu'en cas d'indices concrets de menace pour l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant, les personnes ayant connaissance de tels cas **dans l'exercice de leur fonction officielle** sont tenues d'aviser l'autorité de protection de l'enfant si elles ne peuvent pas remédier à la situation. L'obligation d'aviser est satisfaite par l'annonce au supérieur hiérarchique (al. 2). **A Genève**, l'art. 34 al. 2 et 3 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (**LaCC**¹²⁰) reprend cette obligation de signalement pour les professionnels de la santé notamment, en précisant qu'il doit être fait au service de protection des mineurs.

En ce qui concerne les **adultes**, une obligation semblable figure à l'**art. 443 al. 2 CC**. La LaCC y fait simplement référence à son art. 33.

Enfin, au niveau de l'**administration de la justice**, tant en procédure civile que pénale, les fonctionnaires au sens de l'art. 110 ch. 3 CPP sont au bénéfice d'un **droit de refuser de témoigner** (art. 166 al. 1^{er} lit. C CPC et 170 CPP). Cependant, ils ont l'obligation de témoigner si l'autorité dont ils relèvent les y a habilités, notamment si l'intérêt à la manifestation de la justice l'emporte sur le maintien du secret¹²¹.

A Genève, il faut se référer à l'art. 32 al. 1^{er} de LPA, qui stipule que les personnes astreintes au secret de fonction **ne peuvent être entendues**, à quelque titre que ce soit, **que si** elles en ont été déliées par l'autorité supérieure, à moins qu'elles ne puissent ou ne doivent s'en abstenir en vertu d'autres secrets protégés par la loi.

Pour les magistrats et le personnel du pouvoir judiciaire, les curateurs, les tuteurs les administrateurs d'office de la succession et les représentants de la communauté héréditaire, les membres du Conseil supérieur de la magistrature et les magistrats qui la composent, il faudra se référer aux art. 57 à 60 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ)¹²².

Il faut retenir de ce qui précède que le secret de fonction bénéficie d'une moins forte protection que celle octroyée au secret professionnel de l'art. 321 CP. Dès lors, pour les fonctionnaires également "soignants", **il faut impérativement déterminer, dans chaque situation, à quelles règles ils sont astreints**. Cette distinction n'est cependant pas facile en pratique et les normes en la matière, multiples et éparses¹²³.

¹¹⁷ ERARD, N 1160 ss.

¹¹⁸ rsGE E 4 10.

¹¹⁹ ERARD, N 1166. Pour plus de développements sur la problématique des concours de normes, cf. ERARD, N 1274 ss.

¹²⁰ rsGE E 1 05.

¹²¹ ERARD, N 1170 et réf. de doctrine citées. Cf. à ce propos l'art. 60 LOJ qui stipule que "[l]e secret de fonction n'est levé que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés".

¹²² rsGE E 2 05

¹²³ Pour plus de développement, cf. ERARD, N 1172 ss.

6 | LE SECRET PROFESSIONNEL DANS LA RECHERCHE SUR L'ÊTRE HUMAIN

Par ailleurs, l'art. 321^{bis} CP protège le secret médical en matière de recherche sur l'être humain¹²⁴ dans le domaine de la médecine ou de la santé publique. Cet article a été modifié à l'occasion des travaux législatifs de la Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (LRH), en vigueur au 1^{er} janvier 2014.

Selon cette disposition, "[q]uiconque, sans droit, révèle un secret professionnel dont il a eu connaissance dans le cadre de son activité pour la recherche sur l'être humain au sens de la loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain est puni en vertu de l'art. 321 (al. 1^{er})".

De plus, "[u]n secret professionnel peut être levé à des fins de recherche sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain si les conditions posées à l'art. 34 de la loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain sont remplies et que la commission d'éthique compétente a autorisé la levée du secret (al. 2)".

Avant cette disposition, transférer des données à un chercheur qui ne traitait pas le patient et ce, sans l'accord de la personne concernée, était constitutif d'une infraction au secret professionnel. Cela rendait la situation peu pratique pour la recherche.

L'art. 321^{bis} poursuit un **double but**: son al. 1^{er} **étend le champ d'application de l'art. 321 CP** aux professions actives dans la recherche **sur l'être humain au sens de la LRH**, pour les secrets appris dans le cadre de leur activité. Il se borne cependant à déclarer applicable l'art. 321 CP aux situations qui voient un chercheur violer l'obligation de discrétion qui lui incombe. A relever que l'art. 321^{bis} ne s'applique pas pour la recherche «en général» mais bien **pour la recherche sur l'être humain définie par la LRH**.

En second lieu, l'**al. 2 de l'art. 321^{bis} CP**, qui constitue le cœur de la disposition, instaure un **nouveau motif permettant la levée du secret professionnel médical** (art. 321 CP) à des fins de recherche sur les **maladies humaines** et sur la **structure et le fonctionnement du corps humain**, si les conditions posées par l'art. 34 LRH sont remplies et que la commission d'éthique compétente a autorisé la levée du secret. Le consentement du sujet concerné n'est donc pas l'unique moyen de lever le secret professionnel à des fins de recherche médicale. De la sorte et aux conditions prévues, le secret médical (art. 321 CP) peut être levé, permettant aux personnes qui y sont soumises de communiquer toute information utile aux chercheurs.

Jusqu'ici, il revenait à la **commission d'experts** du secret professionnel en matière de recherche médicale d'octroyer une possible autorisation de substitution afin de lever le secret médical. Or, cette commission **a disparu** avec l'entrée en vigueur de la LRH. Les tâches qui lui étaient dévolues ont cependant été reprises par les **commissions cantonales d'éthique pour la recherche**¹²⁵.

Ainsi, les recherches médicales avec des patients sont possibles pourvu que le projet soit approuvé par la Commission cantonale d'éthique de la recherche (CCER)¹²⁶ qui a la

¹²⁴ Le terme «**recherche**» s'entend comme la recherche méthodologique de connaissances généralisables; la «**méthodologie**» renvoyant à l'application de procédés scientifiquement reconnus qui servent à acquérir les connaissances souhaitées. Il peut s'agir de méthodes qui s'appuient sur les sciences naturelles ou sociales. De plus, les connaissances à acquérir doivent être généralisables, c'est-à-dire que leur validité doit dépasser le cadre du projet de recherche et ne pas se fonder sur une unique référence.

De plus, par «**recherche sur l'être humain**», il faut comprendre la recherche **sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain**. Le champ de recherche défini par CP 321^{bis} al. 1^{er} n'est donc pas plus étendu que celui décrit à CP 321^{bis} al. 2. Elle inclut aussi les activités de formation et de formation continue (Message du 23 mars 1988 relatif à la loi sur la protection des données, FF 1988 II 496).

¹²⁵ STAMPFLI HAENNI Alexandra in MACALUSO Alain/ MOREILLON Laurent/ QUELOZ Nicolas (édit.), Commentaire romand, Code pénal II, Bâle, (Helbing Lichtenhahn) 2017, CP 321bis, N1 ss et réf. citées.

¹²⁶ Les tâches de la CCER sont définies par le droit fédéral, en particulier par la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH, RS 810.30) et ses ordonnances d'exécution, soit l'ordonnance relative à la recherche sur l'être humain (ORH, RS 810.301), l'ordonnance sur les essais cliniques, (OClin, RS 810.305) et l'ordonnance d'organisation concernant la LRH (Org LRH, RS 810.308) entrées en vigueur le 1er janvier 2014, voir <http://www.hug-ge.ch/ethique>; voir également le Message sur la

compétence de vérifier si les projets sont conformes aux exigences éthiques, juridiques et scientifiques en matière de protection de la personne¹²⁷.

Si l'hôpital ou l'institution publique veut inclure un patient donné dans un projet de recherche, il doit en informer celui-ci au préalable et respecter les dispositions de la LRH en la matière, notamment s'agissant du consentement éclairé. L'établissement devra s'assurer que le consentement à la participation est donné par écrit. Dans cette hypothèse, la personne aura la possibilité de révoquer son consentement sans devoir se justifier (art. 7 et 16 LRH).

A noter qu'en pratique, aujourd'hui, certains établissements hospitaliers émettent des « **formulaire de consentement général** »¹²⁸ pour l'utilisation de données de santé et d'échantillons, à des fins de recherche, non pour un projet de recherche **en particulier**. On peut se demander cependant **si cette manière de faire respecte les exigences** en la matière édictées par la LRH ; par exemple, la participation à "un" projet de recherche (notamment art. 7 al. 2 LRH), le consentement éclairé requis pour ledit projet (art. 16 ss LRH) ou celles requises, en plus, pour la **protection des personnes particulièrement vulnérables** (art. 21 ss LRH).

7 | LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES DU POINT DE VUE DE LA LOI SUR L'INFORMATION DU PUBLIC, L'ACCES AUX DOCUMENTS ET LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES (LIPAD)

Avant toute chose, il faut rappeler qu'en cas de traitement de données personnelles effectuées par des **personnes privées et des organes fédéraux**, c'est la **LPD** qui s'applique (art. 2 al. 1 LPD).

A Genève, la LIPAD, qui s'applique aux institutions publiques qu'elle mentionne (art. 3 LIPAD), dispose à son article 35 al. 2 que : *"[d]es données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être **traités que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée**".*

7.1 | Notion de données personnelles

Par **donnée personnelle**, il faut comprendre : « *toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable* » (art. 4 let. a LIPAD).

Une telle **identification peut être faite de multiples manières** : par le biais du nom, du numéro de téléphone, de la date de naissance, de l'adresse, d'une adresse de courriel, d'une photo, d'un enregistrement vidéo, des empreintes digitales, de la voix, la reconnaissance de l'iris de l'œil, de l'ADN, d'un numéro d'identification personnel commun (art. 4 let. i LIPAD)(par ex. le numéro AVS), d'une plaque d'immatriculation automobile, etc. **L'identification peut donc être directe ou indirecte**. La LIPAD est applicable à tout traitement de données à caractère personnel quel que soit le procédé utilisé.

7.2 | La santé, une catégorie de données dites sensibles

loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, 09.079. A Genève, le règlement d'application de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (RaLRH; rsGe K 4 06.02, du 4 décembre 2013) précise les modalités pratiques.

¹²⁷ Quant à la procédure à suivre pour faire obtenir l'autorisation pour un projet de recherche sur l'être humain à Genève, cf : <https://www.ge.ch/ccer-obtenir-autorisation-recherche-medicale-etre-humain>.

¹²⁸ Cf. par exemple le **formulaire de consentement général** pour la réutilisation de données et d'échantillons liés à la santé à des fins de recherche des HUG et la **déclaration de consentement** (<https://www.hug.ch/sites/interhug/files/documents/consentement-general.pdf>; https://www.hug.ch/sites/interhug/files/structures/aider_la_recherche/declaration-consentement-aider-la-recherche.pdf).

Les "**données personnelles sensibles**", quant à elles, sont notamment celles relatives à la santé (art. 4 let. b ch. 2 LIPAD), pour lesquelles une protection renforcée est prévue parce qu'elles relèvent de la sphère intime de chaque individu.

Selon la loi sur la santé, la « **santé** » consiste en un état physique, psychique et social qui favorise à tout âge l'équilibre de la personne au sein de la collectivité (art. 2 al. 1^{er}). De plus, **selon le Tribunal fédéral**, il s'agit de « *toutes les informations qui permettent de tirer, directement ou indirectement, des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique, d'une personne* »¹²⁹. Dès lors, les notes sur le déroulement d'un traitement, les descriptions de symptômes, les diagnostics, les prescriptions médicales, les résultats d'analyses ou les radiographies, les données génétiques sont autant d'exemples d'informations concernant la santé d'une personne dont la collecte et le traitement nécessite une telle protection spéciale¹³⁰.

Les "**soins**", quant à eux, comprennent tout service fourni à une personne, à un groupe de personnes ou à la population dans le but de promouvoir, de protéger, d'évaluer, de surveiller, de maintenir, d'améliorer ou de rétablir la santé humaine (art. 2 al. 2 LIPAD).

7.3 | Principes applicables¹³¹ à la collecte et au traitement de données personnelles

La LIPAD énonce un certain nombre de principes généraux régissant la collecte et le traitement des données personnelles (**art. 35 à 40 LIPAD**), soit en particulier:

- Base légale (art. 35 al. 1 et 2 LIPAD)

Le **traitement** de données personnelles ne peut se faire **que si**, et dans la mesure où, l'accomplissement des tâches légales de l'institution publique le rend **nécessaire**. En outre, la loi stipule que lorsqu'il s'agit de traiter de données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité¹³², la tâche considérée doit soit être définie clairement par la loi, soit être absolument indispensable à l'accomplissement de la tâche en cause soit encore être nécessaire et, si c'est le cas, intervenir avec le consentement – libre et éclairé – de la personne concernée.

- Bonne foi et reconnaissabilité de la collecte (art. 38 LIPAD)

Il n'est pas permis de collecter des données personnelles sans que la personne concernée en ait connaissance, ni contre son gré. Quiconque trompe la personne concernée lors de la collecte des données – par exemple en collectant les données sous une fausse identité ou en donnant de fausses indications sur le but du traitement – viole le principe de la **bonne foi**. Il agit également contrairement à ce principe s'il collecte des données personnelles de manière cachée¹³³.

La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent **être reconnaissables** pour la personne concernée. Cette exigence de reconnaissabilité constitue une **concrétisation du principe de la bonne foi** et augmente la transparence d'un traitement de données. Cette disposition implique que selon le cours ordinaire des choses, la personne concernée doit pouvoir percevoir que des données la concernant sont ou vont éventuellement être collectées (**principe de prévisibilité**). Elle doit pouvoir connaître ou identifier la ou les

¹²⁹ ATF 119 II 122 ; JT 1994 I 598.

¹³⁰ S'agissant des **définitions**, la FMH a édité une brochure relative à la protection des données personnelles sensibles dans le domaine de la santé, vu l'entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2023 de la LPD révisée : <https://www.fmh.ch/files/pdf28/fiche-dinformation-sur-la-protection-des-donnees.pdf>.

¹³¹ Pour plus de développements sur les **principes généraux** (principes de l'activité de l'Etat régi par le droit et en matière de restriction des droits fondamentaux (art. 5 et 36 Cst. féd.)), cf. BESSON Samantha et DUBEY Jacques, in DUBEY Jacques / MARTENET Vincent, Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021, Cst. 5 et Cst. 36).

¹³² Par **profil de personnalité**, il faut comprendre un assemblage de données (croisement de différentes sources d'informations) qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique.

¹³³ Cf. toutefois la réserve de l'al. 2.

finalités du traitement, soit que celles-ci lui sont indiquées à la collecte ou qu'elles découlent des circonstances.

- Proportionnalité et exactitude (art. 36 LIPAD)

En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données exactes qui sont **pertinentes et nécessaires** à l'accomplissement des tâches de l'institution (al. 1^{er} let. a et b) et qui sont aptes à atteindre l'objectif fixé peuvent être traitées. Il convient donc toujours de peser les intérêts en jeu entre le but du traitement et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée en se demandant s'il n'existe pas un moyen moins invasif permettant d'atteindre l'objectif poursuivi.

Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer de l'exactitude de ces dernières. Ce terme signifie également que les données doivent être complètes et aussi actuelles que les circonstances le permettent. La personne concernée peut demander la rectification de données inexactes.

- Finalité (art. 35 al. 1 LIPAD)

Conformément au principe de finalité, les données collectées ne peuvent être traitées **que pour atteindre un but légitime** communiqué lors de leur collecte, qui découle des circonstances ou qui est prévu par la loi. Les données collectées ne doivent pas, ensuite, être utilisées à d'autres fins, par exemple commerciales.

- Sécurité des données (art. 37 LIPAD)

Les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement illicite par des **mesures organisationnelles et techniques** appropriées et les institutions doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité, l'intégrité et la confidentialité des données personnelles qu'elles traitent ou font traiter (al. 1^{er} et 2).

Le principe de sécurité exige non seulement que les données personnelles soient **protégées contre tout traitement illicite** et soient tenues confidentielles, mais également que l'institution en charge de leur traitement s'assure qu'elles ne soient **pas perdues ou détruites par erreur**.

Les **données sur la santé** doivent faire l'objet d'une **attention très particulière** dans de multiples cas de figure qui touchent autant à la sécurité des postes et des locaux de travail qu'à celle de l'équipement informatique, des applications, du stockage des données (protection des accès à l'aide de mots de passe composés d'au moins huit caractères de trois types différents, renouvelés périodiquement, limitation à trois fois des tentatives d'accès infructueuses, positionnement des écrans d'ordinateur de façon à empêcher le visionnement par des personnes indues, mesures organisationnelles sur le plan du classement et de l'archivage, pas de transfert de données par courriel en dehors du système interne à l'institution sans cryptage, protection des accès aux locaux, sensibilisation du personnel aux mesures de sécurité, contrôles périodiques des logs d'accès aux bases de données personnelles ...) ¹³⁴.

Le Tribunal administratif fédéral s'est penché, dans un arrêt qui date du 7 décembre 2007 relatif à un assuré genevois, sur l'indépendance du service du médecin-conseil par rapport au reste de la caisse-maladie intéressée en examinant l'ensemble des mesures de sécurité existantes pour garantir la confidentialité des données médicales détenues par le médecin-conseil de l'assurance, en empêchant leur accès par le reste du personnel de la caisse. Le litige portait sur une question qui concerne directement la protection des données, plus particulièrement la licéité d'une transmission de données relatives au recourant, d'un médecin-conseil au chef du service des médecins-conseils d'une assurance-maladie ¹³⁵. C'est ainsi qu'il a examiné les modalités relatives à la gestion du courrier entrant et sortant, au raccordement téléphonique et au télécopie, au classement des dossiers, au système informatique, aux archives, au secrétariat du médecin-conseil, à l'organigramme de la structure et au positionnement du service dans cet

¹³⁴ Au surplus, cf. les **Directives** de l'Office cantonal des systèmes d'information et du numérique (**OCSIN**) ainsi que celles spécifiques à chaque institution publique concernée.

¹³⁵ A-7375/2006, consid. 1. 2.

organigramme, à l'existence ou non d'éventuelles instructions données par la hiérarchie de l'institution en concluant que l'indépendance lui paraissait correctement assurée¹³⁶.

La lecture de cet arrêt est très utile à tout membre d'une institution publique concerné par le secret médical car il **illustre parfaitement l'ensemble des éléments** auxquels il convient d'être **attentif**. Au **niveau cantonal**, il conviendra de se référer à l'**art. 37 de la LIPAD**, s'agissant des **mesures organisationnelles et techniques** appropriées à mettre en place par l'institution publique cantonale, afin de protéger les données personnelles qu'elle traite contre tout traitement illicite ; notamment par la prise de directives et/ou de clauses statutaires ou contractuelles (al. 2). En cas d'exploitation de ressources informatiques et de traitement de données personnelles, les institutions publiques concernées devront en contrôler le respect. S'il implique l'exploitation de ressources informatiques et le traitement de données personnelles, ce contrôle devra se conformer à des procédures spécifiques mentionnées à l'art. 50 al. 2 LIPAD, à adopter après consultation du préposé cantonal (al. 3).

A noter que les données personnelles dont l'institution n'a plus besoin pour accomplir sa tâche légale, doivent être **détruites ou rendues anonymes** (dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi) (art. 40 al. 1^{er} LIPAD).

De plus, en ce qui concerne **la sous-traitance et la question de la sécurité** en la matière (**art. 37 al. 2 LIPAD**), le règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 21 décembre 2011 (**RIPAD**)¹³⁷, permet, à des conditions restrictives, que le traitement de données personnelles puisse être confié à un tiers pour autant qu'aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdise (art. 13A RIPAD).

En particulier, le recours à un **prestataire tiers**, dans le cas où il implique un **traitement à l'étranger**, n'est possible que si la législation de l'Etat destinataire assure un niveau de protection adéquat (al. 5). La liste des Etats qui disposent d'une législation assurant un tel niveau de protection est publiée par le préposé cantonal (al.6).

De même, en cas de **sous-traitance** et de **sous-traitance en cascade** (sous-traitant à sous-traitant), les alinéas 3 et 4 de l'art. 13A RIPAD doivent être respectés¹³⁸.

- Sécurité et communication des données (art. 39 LIPAD et 13 al. 1^{er}, 14 et 6 RIPAD)

S'agissant de la **communication** de données, l'art. 39 fait état de **plusieurs hypothèses en fonction du destinataire de la transmission**, soit : « à une autre institution de droit public » (art. 39 al. 1^{er}, 2 et 3 LIPAD) ; « à une corporation ou un établissement de droit public suisse non soumis à la loi » (art. 39 al. 4 et 5) ; « à une corporation ou un établissement de droit public étranger » (art. 39 al. 6, 7 et 8) ou « à une tierce personne de droit privé¹³⁹ » (art. 39 al. 9, 10, 11 et 12).

¹³⁶ Cf. A-7375/2006, consid. 6.4 : "A cette époque, le service se trouvait dans des locaux séparés dont l'accès au personnel de l'assurance n'était pas possible, sauf pour quelques personnes disposant d'un passe-partout pour des raisons de sécurité. Le courrier destiné au service médecins-conseils n'était pas ouvert par l'assurance et était classé selon un système garantissant la non-transmission des données personnelles sensibles à l'assurance. Le téléphone et le télécopieur étaient raccordés de telle manière que l'on puisse atteindre directement les médecins-conseils, sans devoir passer par l'assurance. Les dossiers du service médecins-conseils étaient séparés de ceux de l'assurance, gérés selon un système propre à ce service et entreposés dans des archives séparées. Le système informatique comportait un disque réservé au service des médecins-conseils, dont l'accès était limité par des codes d'accès définis par le service lui-même. Par ailleurs, les documents confidentiels étaient enregistrés de manière neutre selon un programme spécial, afin que leur confidentialité soit garantie dans les dossiers informatiques accessibles à l'assurance. Certes, le service médecins-conseils était rattaché au Département clientèle privée de l'assurance, de sorte que, selon l'organigramme, il y était subordonné. Cet élément pourrait faire douter de l'indépendance du service médecins-conseils vis-à-vis de l'assurance. Le dossier a toutefois permis de démontrer qu'il ne s'agissait que d'un lien formel et que, dans les faits, le service était autonome et ne recevait aucune injonction de la part de ce département. Ce rattachement a du reste heureusement été supprimé par l'intimée, sans que des changements dans le fonctionnement du service médecins-conseils n'aient été relevés. Enfin, ni le personnel, ni le Dr. D. lui-même n'étaient soumis à des directives, injonctions ou devaient réaliser des objectifs directement liés aux activités de médecins-conseils, étant précisé que les objectifs mis au Dr. D. étaient uniquement axés sur la qualité du service médecins-conseils et sur la formation continue".

¹³⁷ rsGE A 2 08.01.

¹³⁸ Pour plus de développements, cf. la fiche info du PPDT du 28 novembre 2023, " Informatique en nuage : Enjeux et risques" consultable sur le site du PPDT (<https://www.ge.ch/document/fiche-info-du-ppdt-informatique-nuage-enjeux-risques>).

¹³⁹ Quant à la « communication à un tiers de droit privé », cf. art. 14 al. 4 RIPAD.

En ce qui concerne l'**accès des proches aux données** personnelles d'une **personne décédée** il est régi par l'art. 39 al. 12 et l'art. 48 LIPAD, qui réserve l'art. 55A de la loi cantonale genevoise sur la santé. Ce dernier ne manque cependant pas de rappeler qu'en la matière, l'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'**intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical** (al. 1^{er}), qui persiste après le décès d'une personne¹⁴⁰. Dans un tel cas, les médecins concernés doivent donc saisir la commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel, au sens de l'art. 321 ch. 2 CP.

7.4 | Déclaration obligatoire des fichiers de données personnelles

En application de la LIPAD, les institutions publiques **doivent annoncer**¹⁴¹ leurs fichiers de données personnelles *« comportant les précisions utiles sur les informations traitées, la base légale de leur traitement, leur état de validité ou la fréquence de leur mise à jour et de leur épuration, et leur accessibilité »* (art. 43 al. 1 LIPAD), quel que soit le but poursuivi par ces bases de données : facturation, tenue des dossiers, fournisseurs, recherche scientifique, expertises dans le cadre de procédures administratives ou judiciaires, assurance-maladie, assurance-invalidité, prévention, liste de donneurs de sang établie par le service en charge des transfusions sanguines, etc.

Cette **obligation d'annonce dans le catalogue des fichiers du Préposé cantonal** existe qu'il s'agisse d'un traitement automatisé (dans un fichier informatique) ou manuel (s'il s'agit d'un fichier papier) contenant des informations relatives à des personnes physiques.

L'**objectif** poursuivi par la loi est de garantir l'information du public sur l'existence des fichiers de données personnelles qui sont tenus par les autorités; ces fichiers sont décrits selon leur nature, la finalité du traitement, la base légale sur laquelle ils sont fondés et les noms des responsables de traitement.

L'**annonce auprès du Préposé cantonal doit être faite par le « maître du fichier »**¹⁴², soit le service ou l'institution publique qui en est responsable. C'est toujours le maître du fichier qui doit annoncer la création de fichiers et les droits de consultation ou la transmission d'extraits qu'il accorde à d'autres. Le maître du fichier a un rôle déterminant, car c'est à lui qu'il appartient d'être le garant de la sécurité des données personnelles. Il est impératif qu'il connaisse ses obligations, qu'il mène une réflexion sur les risques d'atteintes potentielles pour prendre les mesures de protection adéquate.

Quant au **stockage sur l'ordinateur d'un professionnel de l'institution publique**, pour rappel, l'accès à ces données doit être sécurisé de telle manière que seul le collaborateur en question y aura accès.

7.5 | Traitement des données relatives à la santé et droit d'accès

Tout professionnel de la santé, qu'il soit indépendant ou employé (d'une institution publique ou privée) doit **tenir un dossier pour chaque patient** (art. 52 al. 1^{er} LS). Les éléments du dossier doivent être **conservés** aussi longtemps qu'ils présentent un intérêt pour la santé du patient, mais au moins pendant dix ans dès la dernière consultation (art. 57 al. 1^{er} LS)¹⁴³.

L'**accès au dossier médical** ou à l'ensemble des informations concernant la santé peut être demandé, comme l'accès à toute autre donnée personnelle d'ailleurs, auprès de l'institution

¹⁴⁰ ERARD et jurisprudence citée, N1376.

¹⁴¹ Art. 50 et 51 al. 1^{er} et 3 LIPAD, tâche dévolue aux « responsables LIPAD ».

¹⁴² A noter que la LIPAD ne définit pas le "maître du fichier" mais que certaines institutions le font dans leur Directive d'application (cf. par exemple celle de l'Université de Genève, <https://memento.unige.ch/doc/0160>).

¹⁴³ Sur la question de l'**archivage des dossiers médicaux des patients**, cf. l'art. 58 LS (voir également le rapport du 23 septembre 2013 de la Commission de la santé (PL 11173-A) qui a permis par exemple la modification de la loi et l'autorisation de remise de dossiers au successeur d'un professionnel de la santé, moyennant le respect des règles sur le secret professionnel (art. 58 al. 1^{er} LS).

publique concernée. La demande d'accès à ses propres données personnelles est faite par écrit auprès du professionnel intéressé ou de la direction de l'établissement, voire du responsable LIPAD. Elle n'a pas à être motivée, mais il faut évidemment justifier de son identité (art. 44 al. 1^{er} LIPAD). A noter que la **loi sur la santé prévoit elle-même une disposition spécifique s'agissant de la consultation** du dossier médical par le patient (art. 55 LS) qui **n'apporte rien de plus** que les dispositions de la LIPAD en matière de droit d'accès. Il s'agit simplement d'un **rappel du droit de consultation et du secret professionnel à respecter** en la matière. Le contenu de la requête doit être clairement exprimé pour que l'institution comprenne précisément ce que souhaite le particulier, sans devoir, par exemple, faire des recherches au sein de l'ensemble de ses services pour savoir qui a traité le dossier de la personne en cause. Ce droit étendu a aussi pour but de permettre à tout un chacun de vérifier que les données à son sujet, tenues dans les fichiers informatisés de l'institution publique en cause, sont bien correctes, lesquels fichiers auront été annoncés au catalogue des fichiers, tenu par le Préposé cantonal. Pour cette raison, le maître du fichier devra communiquer au requérant toutes les données le concernant (art. 44 al. 2 LIPAD)¹⁴⁴. La communication de ces données et informations doit être faite sous une **forme intelligible** et, en règle générale, par **écrit et gratuitement** (art. 45 LIPAD), **sauf** si la requête implique un traitement informatique, des recherches ou des opérations dont le temps excède la demi-heure. Lorsque le travail apparaît **disproportionné**, l'émolument est exigible d'avance (art. 24 al. 2 LIPAD).

Le droit d'accès ne peut être **limité** (art. 46 LIPAD) qu'**exceptionnellement**¹⁴⁵. C'est le cas s'il s'agit de remarques personnelles du médecin (art. 3 al. 3 let. a LIPAD) (dépendant d'une institution publique) par exemple. Cette exception doit être comprise de manière **prudente et restrictive**; il n'est, en tous les cas, pas admissible d'y faire appel de façon à contourner les prescriptions de la loi.

L'accès peut être refusé, restreint ou différé dans les cas prévus expressément par la loi ou lorsque les intérêts prépondérants de tiers, voire la protection du patient lui-même¹⁴⁶, l'exigent. Il convient alors de procéder à l'analyse des différents intérêts en jeu, celui du patient qui veut accéder à son dossier et ceux d'autres personnes privées, pour déterminer quel est l'intérêt prépondérant¹⁴⁷. A ce propos, un **accès partiel ou différé doit être préféré** à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé (art. 46 al. 2 LIPAD).

Cela pose la question du **contenu du dossier du patient** – qui n'est pas défini précisément par la loi. Chaque institution publique devrait prévoir des règles d'organisation quant à sa tenue, en procédant à la distinction entre les données personnelles du patient et celles qui concernent des tiers, dont les intérêts doivent être protégés et auxquelles le patient n'a pas sans autre un droit d'accès¹⁴⁸.

¹⁴⁴ **Sur le contenu du dossier** (au sens de la LPD cependant), voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 29 novembre 2010, A-4190/2009, consid. 3.3 : *"En vertu de l'art. 8 al. 2 let. a LPD, le droit d'accès s'étend à toutes les données relatives à une personne qui se trouvent dans un fichier de données, c'est-à-dire à toutes les données qui se rapportent à cette personne (art. 3 let. a LPD) et qui peuvent lui être attribuées par voie de classement (art. 3 let g LPD). Ne joue à cet égard aucun rôle le fait qu'il s'agisse de constatations de fait ou de jugements de valeur. La manière d'enregistrer les données n'est pas non plus pertinente. Enfin, la désignation du fichier de données par le maître du fichier n'est pas déterminante. Le droit d'accès ne peut pas être contourné par le fait qu'à côté d'un fichier "officiel" de données un autre fichier, "inofficiel" celui-là, serait tenu. Le droit d'accès selon l'art. 8 LPD s'étend ainsi également à des pièces désignées comme "internes" par l'administration, pour autant que ces pièces contiennent des renseignements sur le requérant et qu'elles puissent lui être attribuées par voie de classement (ATF 125 II 473 consid. 4b et les références citées)".*

¹⁴⁵ Le Tribunal fédéral a jugé dans l'ATF 120 II 118 qu'il était peu crédible, dans un cas où l'accès à l'ensemble du dossier avait été refusé au patient, qu'il y ait eu de justes motifs suffisants à une telle restriction totale.

¹⁴⁶ **"Ce droit ne s'étend pas** aux informations qui concernent d'autres personnes et qui sont couvertes par le secret professionnel, ni aux notes personnelles rédigées par le professionnel", cf. Droit pour le patient de consulter son dossier" (admin.ch) <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/patientenrechte/rechte-arzt-spital/6-recht-einsicht-patientendossier.html>.

¹⁴⁷ Le **droit de consulter un dossier médical (psychiatrie) archivé** peut être supprimé ou limité dans la mesure où l'intérêt public ou l'intérêt prépondérant de personnes étrangères à l'institution concernée exigent que tout ou partie des documents soient tenus secrets au vu des circonstances particulières : ATF 122 I 153 consid. 6a p. 161, et les arrêts cités.

¹⁴⁸ "Le patient a accès à l'ensemble de son dossier (sous forme papier ou sur support informatique), lequel contient notamment, les constatations factuelles du professionnel de la santé (diagnostic, évolution de la maladie, etc.) et les détails du traitement (médicaments administrés, résultats d'analyses et de radiographies, expertises, rapports d'opérations ou de séjours

En principe, le droit d'accès ne peut être exercé **que par la personne elle-même** – il s'agit d'un droit éminemment personnel et intransmissible¹⁴⁹ – et personne ne peut y renoncer à l'avance. Les **mineurs** (quiconque a moins de 18 ans, art. 14 CC) **capables de discernement**¹⁵⁰ peuvent donc exercer ce droit sans devoir demander préalablement le consentement de leur représentant légal (art. 19 al. 2 CC). Ainsi, lorsqu'un enfant jugé capable de discernement a eu une consultation médicale, le médecin ne peut pas communiquer sans autre le diagnostic à ses parents qui le lui demandent. Il doit obtenir préalablement le consentement du mineur, ce que ces derniers ont parfois de la difficulté à comprendre.

Ces données sont communicables quel que soit leur format (papier ou informatique) ou leur type (anamnèse, liste de médication, rapports d'experts, analyses de laboratoire, radiographies, ...). La consultation intervient soit **sur place**, soit par **l'envoi** de copies sur paiement préalable d'un éventuel émoluments¹⁵¹ dès lors qu'elle implique un travail disproportionné (art. 45 LIPAD et 24 al. 2 RIPAD). S'agissant de **données personnelles sensibles**, il est souhaitable que l'envoi se fasse par pli recommandé. Si les circonstances s'imposent (composante émotionnelle forte), la consultation sur place sera privilégiée afin d'être accompagnée des explications utiles¹⁵².

Après avoir obtenu l'accès à ses données personnelles, la personne concernée peut, notamment, **faire corriger des données erronées** ou faire **compléter** son dossier (art. 47 al. 2 let. a et b LIPAD)¹⁵³. Dans une telle hypothèse, il sera aussi possible de demander que les corrections soient communiquées à des tiers (par exemple ceux qui auraient reçu des données erronées et/ou incomplètes) (art. 47 al. 2 let. e LIPAD).

Les enregistrements des médecins contiennent souvent des évaluations, voire des perceptions. La personne qui est en désaccord avec certaines remarques peut faire inscrire une « **mention** » indiquant son propre point de vue. Ainsi, celles et ceux qui seront amené(e)s à traiter son dossier ultérieurement sauront qu'elle est d'un **avis divergent**. A noter que, le cas échéant, les données inscrites par les médecins ne sont pas modifiées, mais font l'objet d'une **annotation** (art. 47 al. 2 let. c LIPAD).

Pour terminer, signalons encore qu'il convient de bien **distinguer** l'accès au dossier du patient qui fait une demande d'accès à ses propres données personnelles, du **droit d'accès au dossier** (art. 25 LPD¹⁵⁴) reconnu à une partie **dans le cadre d'une action administrative**,

hospitaliers, certificats médicaux, etc.)" (<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/patientenrechte/rechte-arzt-spital/6-recht-einsicht-patientendossier.html>).

¹⁴⁹ RDAF 1990, p. 45.

¹⁵⁰ Voir les art. 16 et 19 CC.

¹⁵¹ "La communication de données personnelles à la personne concernée est gratuite, sauf lorsque la requête implique un traitement informatique, des recherches ou des opérations dont le temps excède la demi-heure. Dans ce cas, l'émolument est calculé en fonction de la durée des opérations à effectuer, à raison de 50 F par demi-heure supplémentaire. Lorsque le travail nécessaire apparaît disproportionné, l'émolument est exigible d'avance. A défaut de son versement préalable, le travail n'est pas effectué" (art. 24 al. 2 RIPAD).

¹⁵² L'art. 55 LS mentionne d'ailleurs spécifiquement ce droit pour le patient de se faire expliquer la signification de son dossier. Et "si le professionnel de la santé pense que la remise du dossier peut avoir de graves conséquences pour le patient, il peut demander que le patient consulte le dossier en sa présence, ou en présence d'un autre professionnel de la santé choisi par le patient" ([Droit pour le patient de consulter son dossier \(admin.ch\) https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/patientenrechte/rechte-arzt-spital/6-recht-einsicht-patientendossier.html](https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/medizin-und-forschung/patientenrechte/rechte-arzt-spital/6-recht-einsicht-patientendossier.html)).

¹⁵³ Quant à la procédure à suivre, cf. art. 49 LIPAD.

¹⁵⁴ **Art. 25 Droit d'accès**

1 Toute personne peut demander au responsable du traitement si des données personnelles la concernant sont traitées. 2 La personne concernée reçoit les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence du traitement soit garantie. Dans tous les cas, elle reçoit les informations suivantes: a. l'identité et les coordonnées du responsable du traitement; b. les données personnelles traitées en tant que telles; c. la finalité du traitement; d. la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette durée; e. les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée; f. le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision; g. le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que les informations prévues à l'art. 19, al. 4. 3 Des données personnelles sur la santé de la personne concernée peuvent lui être communiquées, moyennant son consentement, par l'intermédiaire d'un professionnel de la santé qu'elle aura désigné. 4 Le responsable du traitement qui fait traiter des données personnelles par un sous-traitant demeure tenu de fournir les renseignements demandés. 5 Nul ne peut renoncer par avance au droit d'accès. 6 Le responsable du traitement fournit gratuitement les renseignements demandés. Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions, notamment

civile ou pénale. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a, dans une affaire relative à l'application de la LPD, précisé que : *"Le droit d'accès à des données personnelles, régi à l'art. [a]8 LPD, est, dans une certaine mesure, plus étroit que le droit de consulter le dossier en vertu des garanties générales de procédure car il ne s'étend pas à toutes les pièces essentielles de la procédure mais ne vise que les données concernant la personne intéressée. Par ailleurs, il est aussi plus large en ce sens que – sauf abus de droit – il peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt particulier, même en dehors d'une procédure administrative. Il n'est donc pas lié à la préparation, par une autorité, d'une décision pouvant porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, mais à une simple collecte de données personnelles effectuée par l'autorité (ATF 123 II 538 consid. 2e et les références de doctrine et de jurisprudence; arrêt non publié M. du 16 septembre 1999, C 418/98)"¹⁵⁵.*

7.6 | Communication de données personnelles à des tiers

Dans une disposition d'une relative complexité, l'**art. 39 LIPAD**¹⁵⁶ envisage les **différentes hypothèses** dans lesquelles une communication de données personnelles peut être faite sur demande :

- **Entre deux institutions publiques genevoises soumises à la LIPAD sur requête de l'une d'elles (al. 1)**; dans cette première hypothèse, l'institution requise doit veiller à ce que les principes généraux de protection des données soient respectés, d'une part, et qu'aucune loi ou règlement ne s'oppose à une telle communication de données (requête d'une autorité judiciaire à l'Office cantonal de la détention par exemple)
- **Entre une institution publique genevoise soumise à la LIPAD et un autre établissement de droit public suisse non soumis à la LIPAD, sur requête de celui-ci (al. 4)** (requête d'une université étrangère participant à des travaux de recherche menés en collaboration avec les HUG par exemple); dans cette seconde hypothèse, l'institution requise doit veiller à ce que le traitement que l'établissement en question entend faire satisfait bien aux exigences légales en assurant un niveau de protection adéquat de ces données et que la communication n'est pas contraire à une loi ou un règlement
- **Entre une institution publique genevoise et un tiers de droit privé (al. 9)**, sur requête de celui-ci (médecin, thérapeute indépendant, expert, association, fondation, parent, proche par exemple). Dans ce troisième cas de figure, la communication ne peut être envisagée que si :
 - Une loi ou un règlement le prévoit explicitement (aucun cas à la connaissance du Préposé cantonal)
 - Un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose
 - Si l'institution conclut à l'existence d'un tel intérêt digne de protection, il lui appartiendra de demander à la personne concernée de se déterminer sur la transmission en question.

7.7 | Conservation du dossier une fois la relation avec le patient terminée

Les données médicales concernant un patient **restent protégées par l'art. 321 CP**, quand bien même ce dernier n'est plus en traitement parce que le traitement est terminé ou que le patient a changé de médecin. Les données sur la santé continuent, en effet, d'exister et restent protégées contre toute communication indue.

si la communication de l'information exige des efforts disproportionnés. 7 En règle générale, les renseignements sont fournis dans un délai de 30 jours.

¹⁵⁵ ATF 127 V 219, 222, consid. 1a) aa).

¹⁵⁶ S'agissant de l'**accès aux données personnelles des proches d'une personne décédée**, cf. les art. 48 al. 1^{er} et 3 LPD et 55A LS et 7.9 ci-dessous.

Comme nous l'avons vu ci-dessus¹⁵⁷, la **loi genevoise sur la santé** contient une disposition qui impose de **conserver les éléments du dossier tant qu'ils présentent un intérêt pour la santé du patient, mais au moins pendant 10 ans** à dater de la dernière consultation médicale (**art. 57 al. 1 LS**). A noter que les institutions médicales publiques conservent les dossiers médicaux de leurs patients **en leur sein** ou elles peuvent les **archiver** auprès des Archives d'Etat de Genève (al. 4)

Si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose, le dossier est **détruit** au plus tard après 20 ans, les dispositions de la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000 (LArch)¹⁵⁸ étant réservées (art. 57 al. 2 LS).

Enfin, lorsque le professionnel de la santé **cesse son activité** professionnelle, le sort du dossier médical est réglé par l'art. 58 LS¹⁵⁹. Les dépositaires des dossiers placés sous leur surveillance sont tenus au respect de la protection des données (art. 58 al. 4 LS).

7.8 | Les directives anticipées

Chacun a la possibilité de rédiger des directives anticipées (**art. 370 ss CC; art. 47 LS**) pour faire part de sa volonté quant aux traitements médicaux ultérieurs ou aux soins palliatifs, auxquels il consent ou non, dans l'hypothèse de la perte de sa capacité de discernement (accident, maladie, fin de vie). Il peut également désigner dans ce document une personne de confiance, qui peut être un proche, à laquelle des instructions préalables auront été données, et qui, le cas échéant, pourrait avoir à échanger avec les médecins sur lesdits traitements¹⁶⁰.

Les directives anticipées doivent être rédigées **par écrit** par la personne concernée, datées et signées (art. 371 al. 1^{er} CC) – une signature manuscrite étant nécessaire¹⁶¹. Elles peuvent être modifiées ou révoquées en tout temps. Ce document étant éminemment personnel, il n'y a pas de règle particulière à respecter quant à son contenu. Il conviendra toutefois que la volonté soit exprimée clairement. Le médecin traitant peut être de bon conseil en cas de doute quant à la rédaction de tout ou partie du document.

Une fois établi, ce document peut être remis, en vue de sa conservation, au médecin traitant ou à une autre personne, par exemple, celle qui aura été désignée comme personne de confiance dans les directives. L'on peut aussi porter sur soi une carte indiquant le lieu où ce

¹⁵⁷ Cf. ci-dessus 7.5.

¹⁵⁸ rsGE B 2 15.

¹⁵⁹ **Art. 58 Sort du dossier en cas de cessation d'activité**

¹ Le professionnel de la santé qui cesse son activité en informe ses patients. A leur demande, il leur remet leur dossier ou le transmet au professionnel de la santé qu'ils ont désigné. Sans réponse du patient dans un délai de 3 mois, le professionnel de la santé remet les dossiers à son successeur, pour archivage et moyennant le respect des règles sur le secret professionnel. A défaut, il les archive avec soin ou les remet à ses frais à l'association de son groupe professionnel pour une durée de 10 ans. Il informe la direction générale de la santé sur le sort des dossiers.

² Les dossiers des professionnels de la santé exerçant en institution privée sont archivés par cette dernière sous la responsabilité du médecin responsable de l'institution.

³ En cas d'incapacité durable ou de décès du professionnel de la santé, ses dossiers sont placés sous la responsabilité de la direction générale de la santé qui peut habiliter, avec leur accord, l'association de son groupe professionnel ou un tiers. Les frais sont à la charge du professionnel de la santé ou de sa succession.

⁴ Les **dépositaires sont tenus au respect de la protection des données**. En particulier, ils ne peuvent ni consulter, ni utiliser, ni communiquer les données contenues dans les dossiers placés sous leur responsabilité.

⁵ L'article 57 relatif à la conservation du dossier leur est applicable.

¹⁶⁰ **Art. 370 CC :**

¹ **Toute personne capable de discernement peut déterminer, dans des directives anticipées, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement.**

² Elle peut également **désigner une personne physique** qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Elle peut donner des instructions à cette personne.

³ Elle peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où la personne désignée déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou le résilierait.

¹⁶¹ Voir les explications figurant sur le site internet des HUG, www.hug-ge.ch/directives-anticipees

document aura été déposé¹⁶², ce qui facilitera la prise en charge en cas d'hospitalisation en urgence par exemple.

Les directives anticipées ont toute leur **importance** dans le cadre de la **protection des données**, par exemple dans le cas où des **proches d'un patient décédé souhaiteraient consulter** le dossier médical du défunt¹⁶³.

7.9 | Consultation du dossier médical d'un patient décédé

Il est extrêmement fréquent qu'au décès du patient, **les proches** demandent à **consulter** son dossier médical. Or, le **droit d'accès** qui, comme on l'a vu, est un **droit strictement personnel**, n'est **pas transmis aux héritiers** au décès de la personne concernée.

Le secret médical (art. 321 CP) perdure en effet après le décès. Les données relatives à la santé étant qualifiées par la loi de sensibles, **une base légale formelle est nécessaire pour autoriser** une telle consultation. La question a été réglée à **Genève** par le biais des art. 39 al. 12 et 48 LIPAD ainsi que de l'art. 55A LS). Cette dernière disposition, cependant, n'autorise pas l'accès au dossier en tant que tel mais **permet aux proches¹⁶⁴ d'un patient décédé** d'être **informés sur** les causes de son décès **et** sur le traitement qui l'a précédé, **à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé** (par exemple dans des **directives anticipées**). L'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical, ni à l'intérêt prépondérant de tiers (al. 1^{er}).

Les proches doivent désigner un médecin qui sera chargé de recueillir les données médicales nécessaires à leur information et de les leur transmettre (al. 2). A cet effet, les médecins concernés devront **saisir la commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel**, au sens de l'art. 321 ch. 2 CP, laquelle rendra sa décision après avoir procédé à une pesée des intérêts en jeu.

Le médecin, qu'il relève d'une institution publique ou privée genevoise, ne peut de lui-même s'opposer à une telle requête pour une raison qu'il estimerait déterminante¹⁶⁵.

De plus, il conviendra également d'être attentif à des **situations particulières** qui impliqueraient le recours à d'autres dispositions légales spécifiques. Par exemple, une personne souhaitant accéder au **dossier de police** (rapport de police et main-courante) de son/sa frère, sœur, conjoint ou autre personne qu'il considérerait comme "proche", découvert sans vie par un tiers. Les données figurant dans ces documents sont plus que susceptibles de contenir des données sensibles au sens de l'art. 4 let. b LIPAD. Vu le contexte de la demande, il s'impose cependant de prendre en compte **la Loi sur les renseignements et les dossiers de la police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs** du 29 septembre 1977 (LCBVM)¹⁶⁶, en sa qualité de *lex specialis* s'agissant des **dossiers et fichiers de police** ainsi que des **données personnelles** qu'ils peuvent contenir. A ce propos, l'art. 1^{er} al. 2 LCBVM mentionne que ces dossiers et fichiers peuvent comporter des données personnelles en conformité avec la LIPAD. L'art. 1A précise que "**les dossiers de police sont rigoureusement secrets**. Aucun renseignement contenu dans les dossiers ou fichiers de police ne peut être

¹⁶² La FMH a révisé ses modèles et propose depuis octobre 2022 une nouvelle version courte et détaillée de même qu'un guide et une carte à placer dans son porte-monnaie. Les directives anticipées sont disponibles en français, italien, anglais et allemand. Cf. <https://www.fmh.ch/fr/prestations/droit/directives-anticipees.cfm>.

¹⁶³ Cf. 7.9 ci-dessous.

¹⁶⁴ Les "**proches**" sont ceux définis par l'art. 378 al. 1^{er} du CC (art. 55A al. 4 LS).

¹⁶⁵ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.111/2006 concernant une affaire dans laquelle le médecin avait refusé la levée du secret médical à l'occasion de la demande d'accès au dossier médical d'un père décédé.

¹⁶⁶ rsGE F 1 25.

communiqué à des tiers, à l'exception des autorités désignées par les art. 2, 4 et 6 (art. 320 CP)".

Certes, l'**art. 3A de la LCBVM tempère** l'interdiction de transmission, pour "**la personne concernée**". A l'égard des données personnelles la concernant qui sont contenues dans les dossiers et fichiers de police, toute personne a le droit d'accès et les autres prétentions prévus par la LIPAD" (al. 1^{er}), sachant que ces droits peuvent être suspendus ou refusés si un intérêt prépondérant public ou privé l'exige, notamment la sauvegarde d'intérêts légitimes de tiers par exemple (al. 2). **Cependant**, cette disposition concerne des **droits strictement personnels de la "personne concernée"**, non des droits des proches d'une personne défunte¹⁶⁷.

Dès lors, dans ces situations et même si la qualification de "proche du défunt" était retenue dans un cas d'espèce, il est impératif, avant toute chose, de **qualifier le document** auquel ledit proche souhaite accéder. **Si** l'on est en présence de **dossiers/fichiers de police au sens de la LCBVM**, ils sont alors **rigoureusement secrets et aucune transmission** d'information ne pourra être admise. **Dans le cas contraire**, il faudra veiller, quoi qu'il en soit, aux informations de tiers que pourraient comporter les dossiers. Il s'agira alors de **caviarder** les éléments ne devant pas être transmis (accès partiel, art. 46 al. 2 LIPAD).

8 | LE DOSSIER MÉDICAL ÉLECTRONIQUE (DEP)

Au plan fédéral

La Confédération a adopté **la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP)**, du 19 juin 2015, en vigueur le 15 avril 2017¹⁶⁸ ce qui augurait d'une forte évolution à venir dans ce domaine où la sécurité des données personnelles est impérative¹⁶⁹. Le consentement du patient au traitement de ses données, le droit d'accès des professionnels de la santé à son dossier, la saisie et les modalités d'enregistrement des données sont autant de sujets à traiter avec la plus grande attention. **L'organisation du dossier électronique** du patient et sa **sécurisation technique** sont établies par la LDEP, qui règlemente notamment le stockage et les échanges de données liées au DEP¹⁷⁰, ainsi que les ordonnances qui en découlent (ODEP et ODEP-DFI)¹⁷¹.

Selon son article 1^{er}, **la LDEP règle** les conditions de traitement des données du dossier électronique du patient (al. 1^{er}). Elle **détermine** également les mesures qui soutiennent l'introduction, la diffusion et le développement du dossier électronique du patient (al. 2).

Le dossier électronique du patient (**DEP**) **est un système d'archivage** destiné aux informations pertinentes pour le traitement. Il contient des éléments tirés du dossier médical informatisé. Il **vise à améliorer** la qualité de la prise en charge médicale et des processus thérapeutiques, à augmenter la sécurité des patients, à accroître l'efficacité du système de santé ainsi qu'à encourager le développement des compétences des patients en matière de santé (art. 1^{er} al. 3 LDEP). Participer au DEP ne délie donc pas pour autant les médecins de leur obligation de consigner les informations relatives à leurs patients sous la forme d'un dossier médical. **Les**

¹⁶⁷ Cf. à ce propos ce qui est dit sur le sujet au niveau de la LPD, dont on peut largement s'inspirer.

¹⁶⁸ RS 816.1. Pour un aperçu de la matière, cf. **le site de la FMH concernant le dossier électronique du patient (DEP)** : <https://www.fmh.ch/fr/themes/ehealth/dossier-electronique-patient.cfm>. Voir également **le site de l'administration fédérale** en la matière, <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-mensch-gesundheit/gesetzgebung-elektronisches-patientendossier.html>. **A noter que la LDEP va faire l'objet d'une révision complète ces prochaines années.**

Et **pour le DEP à Genève**, cf. <https://www.ge.ch/dossier-electronique-du-patient-dep>; <https://www.hug.ch/cybersante-telemedecine/prendre-rendez-vous-pour-ouvrir-votre-dossier-electronique-du-patient>.

¹⁶⁹ Voir, en lien avec le projet de loi fédérale sur le dossier électronique du patient (P-LDEIP), l'avis de droit du 12 décembre 2014 du Professeur Andreas Glaser de l'Université de Zurich intitulé "*Avis de droit succinct sur des questions concernant le consentement et la présomption de consentement ainsi que la participation d'institutions de droit public à une communauté dans le contexte du projet de loi sur le dossier électronique du patient*" sur le site www.e-health-suisse.ch.

¹⁷⁰ Cf <https://www.cara.ch/fr/Professionnels/Securite-et-protection-des-donnees.html>.

¹⁷¹ RS 816.11 et 816.111.

patients qui ouvrent un DEP décident eux-mêmes quelles informations ils veulent partager avec d'autres professionnels de la santé.

Pour les médecins, la LDEP prévoit que ceux qui participent au DEP y saisissent les informations pertinentes pour le traitement. Grâce à l'architecture du DEP, ces informations sont toujours stockées sur un **site d'archivage décentralisé**. Ces sites d'archivage sont gérés par des communautés ou communautés de référence auxquelles peuvent s'affilier les professionnels de la santé. Les informations enregistrées sur les sites d'archivage peuvent être regroupées en un dossier afin de pouvoir être consultées en ligne. Une procédure de certification et des contrôles réguliers permettent de garantir le respect de la protection et de la sécurité des données qui sont par ailleurs stockées de manière chiffrée et peuvent donc être exclusivement consultées par les patients et les professionnels de santé autorisés¹⁷².

La constitution d'un dossier électronique requiert le **consentement écrit du patient**, qui ne consent valablement que s'il 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^{er} LDEP).

Le patient qui a donné son consentement à la constitution d'un dossier électronique est **préssumé accepter que les professionnels de la santé y saisissent des données en cas de traitement médical**. Les professionnels de la santé travaillant pour des **institutions de droit public** ou pour des institutions qui assument une **tâche publique** qui leur a été confiée par un canton ou une commune sont, dans ce cas, autorisés à saisir et à traiter des données dans le dossier électronique du patient (art. 3 al. 2 LDEP). A noter que le patient **peut révoquer** son consentement **en tout temps** et sans motif (art. 3 al. 3 LDEP).

Au plan cantonal

A Genève, la loi sur le réseau communautaire d'informatique médicale (**e-toile**), du 14 novembre 2008 (LRCIM)¹⁷³ avait régi la **mise en place d'un réseau communautaire d'informatique médicale destiné à améliorer la qualité des soins** dans le respect strict de la protection des données personnelles des patients et de l'intérêt de ces derniers (art. 1^{er} al. 1^{er} LRCIM).

Au demeurant, les données personnelles qui pouvaient faire l'objet d'un traitement électronique étaient celles contenues dans le **dossier médical** exigé par l'art. 52 de la LS (art. 1^{er} al. 2), dont le contenu est précisé à l'art. 53 LS. Ce dossier pouvait également être tenu sous la forme d'un dossier informatisé (art. 54 LS). D'ailleurs, le prestataire de soin qui tenait un dossier informatisé de patient, le tenait conformément aux règles de la LS (art. 12 al. 1^{er} LRCIM).

Aujourd'hui, s'agissant du **DEP**, **Genève fait partie de CARA**, qui est une association à but non lucratif, constituée en 2018 et qui regroupe les cantons de Fribourg, Genève, Jura, Valais et Vaud (Neuchâtel n'en fait pas partie). CARA est gérée et financée par les départements de la santé publique des 5 cantons. Par cette alliance, les cantons rassemblent leurs forces afin d'offrir des services de santé numérique aux prestataires de soins et à la population de Suisse occidentale. C'est un **fournisseur de dossiers électroniques du patient** (DEP) certifié par la Confédération qui **regroupe des institutions**, de professionnelles et de professionnels de santé qui souhaitent échanger des informations de santé de manière sécurisée avec leurs patients entre eux¹⁷⁴. CARA est la nouvelle plateforme romande de référence au sein de la

¹⁷² Cf. pour plus d'informations en la matière, le site de la FMH : <https://www.fmh.ch/fr/themes/ehealth/dossier-electronique-patient.cfm#142170>; sur le site de l'Etat de Genève: <https://www.ge.ch/dossier-electronique-du-patient-dep/professionnels-sante-affilier-cara>.

¹⁷³ rsGE K 3 07.

¹⁷⁴ Cf. le site de CARA : <https://www.cara.ch/fr/Professionnels/Questions-frequentes.html>.

LDEPP. Elle offre la possibilité de disposer d'un dossier médical en ligne, accessible depuis son ordinateur ou tablette¹⁷⁵.

Ce dossier **contient tous les documents de santé utiles à la prise en charge du patient** : ordonnances pour la pharmacie, rapports de sortie de l'hôpital, résultats de laboratoire, rapports de radiographies, etc. Il peut être consulté plus facilement par les professionnelles et professionnels de santé de toute la Suisse.

Le **patient est propriétaire de ce dossier** et des données qu'il contient. Il décide de façon autonome qui et quels établissements de soins peuvent le consulter. Il peut également y introduire des documents, par exemple ses directives anticipées. L'inscription à CARA et l'utilisation du dossier médical en ligne sont entièrement gratuites¹⁷⁶.

Au plan intercantonal

Le 11 mai 2023, se basant sur l'art. 48 de la Constitution fédérale, sur la LDEP et ses ordonnances d'exécution, sur la LPD et ses ordonnances d'exécution ainsi que sur la LRH et ses ordonnances d'exécution, les cantons de Fribourg, Genève, du Jura, Valais et Vaud (les cantons contractants) ont adopté et signé une convention intercantonale visant à renforcer leur collaboration dans le développement de la santé numérique. Au-delà du dossier électronique du patient (DEP), qui est mis à disposition depuis mai 2021 par l'Association CARA et financé par les cinq cantons contractants, ceux-ci se sont ainsi dotés **d'un cadre commun favorable au développement conjoint de nouveaux services numériques utiles à la prise en charge des patientes et des patients**. Une telle collaboration dans ce domaine est **unique en Suisse**.

L'entrée en vigueur de la convention est prévue début 2024 après ratification par les parlements des cantons contractants¹⁷⁷.

Synthèse

Au vu des développements qui précèdent, force est de constater que la Suisse met tout en place pour protéger au mieux les données des patients qui seront petit à petit traitées de manière quasi systématique par le biais du numérique.

La LDEP étant amenée à subir de profondes modifications dans les années à venir et la Convention en matière de santé numérique entre les 5 cantons romands précités devant entrer en vigueur au début de 2024, il s'agira d'être **attentif/attentive à l'évolution de la législation cantonale** genevoise en la matière, notamment l'articulation entre les différentes sources en la matière.

9 | CONCLUSION

Cette brochure donne une illustration des normes applicables à un sujet d'intérêt, en constante évolution, qui nous intéresse tous : la protection des données concernant la santé.

Le **cadre juridique est très hétérogène**, car il est composé à la fois de **multiples dispositions tant cantonales que fédérales**. En matière de protection des données personnelles relatives à la santé, la loi genevoise (LIPAD) concernant le secteur public cantonal et communal, la loi fédérale (LPD) visant le secteur public fédéral et les entreprises privées, l'art. 320 CP relatif au secret de fonction touchant les fonctionnaires et l'art. 321 CP concernant les professionnels de la santé actifs dans les institutions publiques ou privées trouvent fréquemment application, conjointement ou non. D'autres normes, tant fédérales que cantonales, peuvent trouver à s'appliquer (LRH, LS, LCBVM etc). L'**articulation** de ce système à moult facettes s'avère bien

¹⁷⁵ Cf au surplus <https://www.cara.ch/fr/Qui-sommes-nous.html>.

¹⁷⁶ Cf. <https://www.hug.ch/cybersante-telemedecine/prendre-rendez-vous-pour-ouvrir-votre-dossier-electronique-du-patient>.

¹⁷⁷ Cf. <https://www.cara.ch/fr/Qui-sommes-nous/Medias/Actualites/Signature-d-une-convention-intercantonale.html>.

souvent **difficile**. Il convient donc en regard de **chaque situation** de **se poser les bonnes questions** et de se souvenir de cette **multitude de normes** **possiblement applicables** afin de **déterminer lesquelles s'appliquent** au cas d'espèce.

L'expérience montre, en effet, que les **institutions publiques interviennent rarement seules dans le traitement de la santé**, soit parce qu'elles délèguent une partie de leurs activités à des prestataires soumis au droit privé, soit parce qu'elles mandatent des experts ou des thérapeutes indépendants pour des tâches spécifiques. Nombre de médecins ou de chercheurs ont, en outre, en marge de leurs activités pour l'institution publique qui les emploie, une pratique privée, ce qui complexifie encore la problématique.

Les questions juridiques qui se posent étant bien souvent complexes, il convient de tenir compte du contexte général dans lequel on se trouve ainsi que de **toutes les circonstances particulières de chaque situation**, pour pouvoir y apporter **des réponses ciblées**.

La présente brochure se veut aussi complète que possible mais au vu de la problématique, elle n'est certainement pas exhaustive. **N'hésitez pas à nous faire part de vos remarques** et propositions, afin que ce document puisse être régulièrement complété et adapté!